Die rechtliche Stellung der Bauhandwerker

nach den §§ 648/49 BGB. und der Baugläubiger nach dem ersten Teil des RG. vom 1. Juni 1909.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Referendar Max Schultz

aus Groß Schierstedt bei Aschersleben.

ACAD. LIPSIENSIS BIBL.

Aschersleben.
Hallersche Buchdruckerei (Gebr. Volkhardt).
1914.

Meinen Eltern!

Inhaltsangabe.

Seite

Vorbemerkung 1

Einleitung: Geschichtlicher Ueberblick über die Entwicklung der Bauhandwerkerschutzgesetzgebung 2

I. Abschnitt.

Die rechtliche Stellung der Bauhandwerker nach den §§ 648/49 BGB.

I. Kapitel: Abgrenzung des Werkvertrages von anderen Arbeitsverträgen 9

II. Kapitel: Allgemeine Voraussetzungen zum Werkvertrag . . . 10

III. Kapitel: Begriff des „Unternehmers" im Sinne von § 648 BGB. und Einfluß der Cession auf den Anspruch aus § 648 BGB. 11

IV. Kapitel: Begriff des „Bauwerkes" im Sinne von § 648 BGB. . . 13

V. Kapitel: Muß ein Bauwerk im Sinne von § 648 wesentlicher Bestandteil des Grundstücks werden? 15

VI. Kapitel: Abgrenzung zwischen Werk- und Werklieferungsvertrag 17

VII. Kapitel: Begriff des „Bestellers" im Sinne von § 648 BGB. . . 20

VIII. Kapitel: Einfluß der Grundstücksveräußerung auf den Anspruch aus § 648 BGB. 20

IX. Kapitel: Entstehung und Umfang des Anspruchs aus § 648 BGB. 21

X. Kapitel: Sicherung des Anspruchs aus § 648 BGB. durch Vormerkung 23

XI. Kapitel: Rechtslage im Falle der Kündigung des Werkvertrages nach § 649 BGB. 25

XII. Kapitel: Obligatorische Ansprüche des Gekündigten 27

XIII. Kapitel: Anspruch auf dringliche Sicherung der Forderungen aus einem gekündigten Werkvertrage 29

XIV. Kapitel: Entstehung und Umfang dieses Anspruches 32

XV. Kapitel: Verhältnis zwischen § 866/III ZPO. und § 648 BGB. . . 36

II. Abschnitt.

Der Schutz der Baugläubiger nach dem ersten Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen.

Seite

XVI. Kapitel: Allgemeines 37
XVII. Kapitel: Anwendungsgebiet des § 1 des Gesetzes und Grunderfordernisse des Baugeldvertrages 38
XVIII. Kapitel: Weitere Voraussetzungen zum Baugeldvertrag . . 41
XIX. Kapitel: Der objektive Geltungsumfang des RG. vom 1. Juni 1909 im Verhältnis zu dem des § 648 BGB. . . 42
XX. Kapitel: Art der Verpflichtung aus § 1 des Gesetzes . . . 44
XXI. Kapitel: Pfändbarkeit des Baugeldes resp. der Baugeldforderung 46
XXII. Kapitel: Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB. aus der verletzten Baugeldverwendungspflicht . . 49
XXIII. Kapitel: Ansprüche gegen Nichtbaugläubiger als Empfänger von Baugeld 52
XXIV. Kapitel: Objektiver Geltungsbereich des § 2 des Gesetzes 53
XXV. Kapitel: Subjektiver Geltungsbereich des § 2 des Gesetzes 55
XXVI. Kapitel: Inhalt und Charakter des Baubuches 56
XXVII. Kapitel: Pflicht des Baubuchführers zur Vorlegung des Baubuches 58
XXVIII. Kapitel: Subjektiver und objektiver Geltungsbereich des § 4 des Gesetzes 60
XXIX. Kapitel: Inhalt und Form des Anschlages 62

III. Abschnitt.

Das Verhältnis des RG. vom 1. Juni 1909 zu § 648 BGB.

XXX. Kapitel: Das Verhältnis des RG. vom 1. Juni 1909 zu § 648 BGB. 64

Literatur-Angabe.

A. Benutzte Lehrbücher, Kommentare, Dissertationen etc.

Biberfeld, Die Sicherung der Bauhandwerker nach dem geltenden Recht und den neuen Gesetzesentwürfen. Berlin 1902.

Breit, Einiges zum Baugeldvertrag nach künftigem Recht. In Jur. Wochenschr. 1909, S. 349 ff.

Breit, Die Pfändbarkeit der Bauforderungen. In Jur. Wochenschr. 1909, S. 403 ff.

Brückner, Verhältnis von § 648 BGB. zu dem RG. vom 1. Juni 1909. Im Recht Bd. 14, 1910, S. 830 ff.

Budde, Kann der § 648 BGB. zu einem genügenden Schutze für die Baugläubiger ausgestaltet werden? In D. Jur. Ztg. 1906, S. 1221 ff.

Budde, Die Beschlüsse der Subkommission des Reichstages zu dem Gesetzentwurf über die Sicherung der Bauforderungen. Im Bank-Arch. Bd. 7, S. 246 ff.

Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruch nach dem BGB. München 1907.

Drost, Sicherung der Bauforderungen (Diss.) Erlangen 1906.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. Jena 1899.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Buch 2. 6/8. Aufl. Marburg 1912.

Fischer u. Henle, BGB. 4. Aufl. 1900.

Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker. Leipzig 1901.

Friedländer, Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909. In Bayr. Ztschr. f. R. 1909, S. 285 ff.

Gareis, Gesetz über die Sicherung der Bauforderung vom 1. Juni 1909, Textausgabe. Gießen, 4. Aufl.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 2, 8/9. Aufl. Tübingen 1908.

Güthe, Bedarf es einer Gesetzesänderung, um den Bauhandwerkern genügenden Schutz zu verleihen? In Ztschr. d. D. Notarvereins 1907, Bd. 7, S. 77 ff.

Hagelberg, Kommentar zum RG. vom 1. Juni 1909. Berlin 1911.

Harnier, Kommentar zum Gesetz vom 1. Juni 1909. Berlin 1912.

Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf Grundlage des BGB., Abteilung II, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. Berlin 1905.
Heilfron, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, herausgegeben von Prof. Dr. Ed. Heilfron und G. Pieck, Bd. 2, 2. Aufl. Berlin 1911.
Heinitz, Schutz der Baugläubiger durch Ausgestaltung des § 648 BGB. In D. Jur. Ztg. 1906, S. 1307 ff.
Heinitz, Entwurf eines Reichsgesetzes zur Sicherung der Bauforderungen. In D. Jur. Ztg. 1907, S. 40 ff.
Höchtl, Das RG. vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen im Verhältnis zu § 648 BGB. In Seuff. Bl. Bd. 76, S. 520 ff. und 569 ff.
Hopmann, Im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 30, S. 224 ff.
Jacobi, Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen. München 1910.
Janker, Der Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen, seine geschichtliche Entwicklung und bisherige Kritik. (Diss.) München 1909.
Kiefe, Zur Frage der Pfändbarkeit der Baugeldforderungen. In Jur. Wochenschr. 1909, S. 282 ff.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Jena 1900.
Kleinschmidt, § 648 BGB. und das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen. In Hess. Rspr. 1911, S. 110 ff.
Kommissions-Bericht, Bericht der 13. Kommission zur Vorberatung des Gesetzentwurfes über die Sicherung der Bauforderungen. Nr. 365 der Drucksachen (RT. 12. Legislaturperiode, I. Session, 1907 bis 1909, Nr. 1275).
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. Allgem. Schuldverh. Berlin 1913.
Korn, Handausgabe der Zivilprozeßordnung und des GVG. Berlin 1910.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB. Leipzig 1906.
Kretzschmar, Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909. In Seuff. Bl., Bd. 74, S. 621 ff.
Krückmann, Entwurf eines RG. zur Sicherung der Bauforderungen. In Zentralbl. f. Freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat, Bd. 6, S. 807 ff.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1 und 2. Leipzig 1902.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse. Amtl. Ausg. Berlin—Leipzig 1888.
Mügel, Baugeldverwendung und Baubuch. In Gruch. Beitr., Bd. 54, S. 1—41.
Munk, Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Bd. 2. In Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 396 ff.
Neumann, Handausgabe des BGB. Berlin 1912.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. 2, 4. Aufl. Berlin 1909.
Ochß, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 BGB. zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. (Diss.) Leipzig 1903.
Oertmann, Kommentar zum BGB. Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 3/4 Aufl. Berlin 1914.
Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im Römischen und Deutschen Bürgerlichen Recht. Berlin 1901.
Oertmann, Entstehungsgeschichte des § 648 BGB. in Conrads Jahrbuch, Bd. 60, S. 87 ff., 266 ff., 387 ff.
Planck, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. 2. Berlin 1898.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Jena 1900.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
v. Seuffert, Kommentar zur ZPO., Bd. 2, 11. Aufl. München 1911.
Siegel, Vorlegung von Urkunden im Prozeß. Jena 1904.
Siméon, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. Berlin 1911.
Simonsohn, Der gesetzliche Schutz des Bauhandwerkers. (Diss.) Greifswald 1898.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. und EG., Bd. 2, 7/8. Aufl. München—Berlin 1912.
Stier-Somlo, Die neueste Entwicklung im Deutschen Gewerbe- und Arbeiterrecht. Nürnberg 1910.
Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt? Leipzig 1905.
Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. 2 und 3. Berlin 1897 und 1898.
Walsmann, Compensatio lucri cum damno. (Diss.) Rostock 1900.
Weil, Begriff und Bedeutung der Nebensachen und Zutaten im Bürgerlichen Recht. (Diss.) München 1907.

B. Archive, Zeitschriften etc.

Birckmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin 1904.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig. Verlag von Veit & Comp.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Berlin.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Berlin.
Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB., Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Neumann, Die Rechtsprechung des RG. in Zivilsachen. BGB. 2. Folge. Berlin.

Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Von Sorgel, München.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig. Verlag von Veit & Comp.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von H. F. Schütt. München—Berlin.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts, 3. Jahrgang. Leipzig 1905.

Vorbemerkung.

In der vorliegenden Abhandlung hat es sich Verfasser zur Aufgabe gestellt, die heute im ganzen Inland geltenden zu Gunsten der Bauhandwerker und der sonstigen Baugläubiger erlassenen Schutzvorschriften zusammenzufassen und soweit als möglich auch zu allen bisher auf diesem Gebiet aufgetauchten Rechtsfragen Stellung zu nehmen.

Gegenstand der Arbeit bildet demnach vor allem die Erörterung der §§ 648, 649 BGB. und des ersten Teiles des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909. Der zweite Teil dieses letzteren Gesetzes hat — soweit Verfasser feststellen konnte — bisher noch nirgends Geltung gewonnen und ist demgemäß auch nicht mit berücksichtigt worden. Wenn nun auch später in einzelnen Gemeinden nach § 10 des Gesetzes vom 1. Juni 1909 durch landesherrliche Verordnung der 2te Teil dieses Gesetzes in Kraft gesetzt werden wird, — es werden dabei wohl ausschließlich nur solche Gemeinden in Betracht kommen, in denen sich die Mißstände im Baugewerbe am stärksten gezeigt haben, resp. noch zeigen — so werden diese Gemeinden wohl stets nur Ausnahmen bleiben, so daß das Thema der vorliegenden Abhandlung doch immer noch für den weitaus größten Teil des Deutschen Reiches zutreffend bleiben und infolgedessen auch trotz der dann eintretenden, oder vielleicht auch gerade wegen der dann entstehenden Rechtszersplitterung seine Berechtigung behalten wird.

Einleitung.

Schon Jahrhunderte lang hatten sich überall da, wo man den altrömischen Rechtssatz übernommen hatte, der bestimmte, daß durch das Einfügen eines beweglichen Gegenstandes in ein Grundstück der Grundstückseigentümer an diesem Gegenstande Eigentum erwerbe, aus dieser Bestimmung Mißstände für den bisherigen Herrn des betreffenden Gegenstandes, der auf diese Weise um sein Eigentum gebracht wurde, gezeigt. Allerdings stand dem jeweils Betroffenen ein Schadensersatzanspruch gegen den Grundstückseigentümer zu, der wohl auch in der Regel mit Erfolg geltend gemacht werden konnte, da der Anspruch naturgemäß stets gegen besitzende Personen geltend gemacht wurde, deren Besitztum bei der früheren gering entwickelten Kreditwirtschaft wohl selten einmal übermäßig belastet war, so daß damals von einem größeren wirtschaftlichen Notstande wohl kaum die Rede sein konnte. Es liegt auf der Hand, daß der erwähnte Rechtssatz vor allem für die Personen von Bedeutung sein und noch immer mehr im Laufe der Zeit werden mußte, die berufsmäßig Gegenstände, die ihr Eigentum waren, in Grundstücke einfügen mußten, das heißt mit andern Worten, für die Bauhandwerker und Lieferanten. Solange der oben geschilderte Zustand noch herrschte, nämlich, daß die Grundstückseigentümer nicht nur nominell noch ihr Grundstück besaßen und überwiegend noch mit eigenem Kapital bauten, waren die Baugläubiger für ihre Forderungen in der Regel noch ausreichend gesichert. Mit dem Aufblühen unserer Industrie und der damit verbundenen Notwendigkeit, viele Menschen schnell um ein bestimmtes Unter-

nehmen zu konzentrieren, und für diese Menschen dann auch Platz und Unterkunft zu schaffen, mußte dieser alte idyllische Zustand, in dem jeder Bürger möglichst sein eigenes Haus besaß, und in dem nur der einen Bau aufführen ließ, der dies überwiegend mit eigenem Kapital ermöglichen konnte, immer mehr schwinden. Durch die übergroße Nachfrage nach Wohnungen an einer Stelle wurden dort plötzlich die Wohnungspreise oft ganz bedeutend in die Höhe getrieben. Parallel dazu stiegen selbstverständlich auch die Grundstücks- und Häuserpreise, kurz es entstanden Zustände, die bei geschickter Ausnutzung der Verhältnisse unternehmungslustigen Spekulanten ganz bedeutende Gewinne mühelos in den Schoß werfen konnten.

Diese Spekulanten kauften überall da, wo sie annehmen konnten, daß durch die Industrie oder den stets wachsenden Verkehr einmal eine stärkere Nachfrage nach Wohnungen entstehen könnte, die entsprechenden Landstrecken auf, zerteilten dies Gebiet in eine Reihe von Baugrundstücken und suchten diese mit entsprechendem Gewinn an den Mann zu bringen. Diese Preise sind in der Regel derartig hoch und den wirklichen Wert des Grundstücks übersteigend, daß ein reeller Käufer mit eigenem Kapital sich wohl nur selten einfindet, wenn er nicht Gefahr laufen will, bei einem derartigen Spekulationsbau um sein mühsam erworbenes Geld gebracht zu werden.

Jedoch auf reelle Käufer pflegen derartige Bauspekulanten auch gar keinen übertrieben großen Wert zu legen. Sie verkaufen ihre Grundstücke auch an jeden Unbemittelten und sichern sich nur dadurch, daß sie den vereinbarten entsprechend hohen Kaufpreis als erste Hypothek eintragen lassen. Sie können dies um so ruhiger tun, als ja nach dem Gesetz jeder Baustein, der in das Grundstück hineingebaut wird, dadurch selbst immobil wird und so die Sicherheit des Grundstückes stetig mit erhöhen hilft.

War die Spekulation richtig, das heißt, tritt nun wirklich eine entsprechende Nachfrage nach Wohnungen aus dem

erhofften oder einem sonstigen Grunde in dem betreffenden neu erstehenden Stadtteile ein, so wird es dem neuen Grundstückseigentümer nicht schwer fallen, die zur Fertigstellung des Baues erforderlichen Gelder — natürlich stets nur gegen hypothekarische Sicherstellung — zu beschaffen.

Durch die hohen Wohnungsmieten rentiert sich das Grundstück, auch wenn es verhältnismäßig hoch belastet ist, und in diesen günstigen Fällen werden dadurch wieder alle Beteiligten auf ihre Kosten kommen, vorausgesetzt, daß der Grundstückseigentümer sich während der ganzen Zeit korrekt verhält. Den eigentlichen Gewinn wird jedoch stets der Bauspekulant allein davon tragen.

Sehr häufig aber wird der Fall eintreten, daß die Spekulation eine verfehlte war, daß der erhoffte Zuzug in den betreffenden Stadtteil nicht oder nur in geringem Maße erfolgt. In diesem Falle würde es auch dem redlichsten Hauseigentümer nicht möglich sein, die entsprechenden Zinsen für das fast oder ganz aus fremdem Kapital gebaute Haus herauszuwirtschaften, es sei denn, daß er eigenes Kapital genug besäße. Das Haus kommt zur Zwangsversteigerung, deren Erlös vielleicht gerade ausreicht, die erste Hypothek, das heißt den Bauspekulanten auszuzahlen, während alle übrigen Gläubiger — mögen ihre Forderungen nun dinglich gesichert gewesen sein oder nicht — und vor Allem die zuletzt entstandenen und zuletzt gesicherten Forderungen, die logischerweise stets den Bauhandwerkern zustehen werden, leer ausgehen. Ähnlich liegt die Sache, wenn der Bauunternehmer unredlich verfährt beim Bau, auch wenn an sich die Spekulation eine richtige war; oder wenn gar eine verfehlte Spekulation und ein unredlicher Bauunternehmer bei einem Bau zusammentreffen.

Es ist klar, daß die Hauptleidtragenden und in ihrer Existenz am meisten Gefährdeten bei derartigen Zuständen im modernen Baugewerbe diejenigen sind, die selbst nur wenig kapitalkräftig sind und infolgedessen auch am wenig-

sten zuzusetzen haben, mit andern Worten die kleineren selbstständigen Handwerker, die den sogenannten Rohbau durch ihre letzten Zutaten erst zu einem bewohnbaren Gebäude machen sollen.

Die Notlage dieser Kreise ist denn auch schon seit langer Zeit erkannt, und eine ganze Reihe von Gesetzen der modernen Gesetzgebung suchte bereits vor dem Inkrafttreten des BGB. durch besondere Schutzbestimmungen zu Gunsten der am meisten in Mitleidenschaft Gezogenen diesem Übel abzuhelfen.[1])

So enthielt z. B. das Pr. ALR. I, 11, in seinen §§ 971 und 972 einen Pfandrechtstitel zu Gunsten der Bauhandwerker. Desgleichen hatten die Bauhandwerker und Unternehmer in Württemberg und Bayern bereits einen Anspruch auf dingliche Sicherung ihrer Forderungen in Form einer Sicherungshypothek. Noch weiter ging der Code civil, indem er den Bauhandwerkern sogar ein gesetzliches Pfandrecht für ihre Forderungen gewährte, das allerdings, da es nur in der Höhe der durch die Arbeit des Betreffenden entstandenen nachweisbaren Werterhöhung gegeben war, sehr oft illusorisch werden konnte.

Das gemeine Recht enthielt demgegenüber gar keine eigentlichen Schutzbestimmungen zugunsten der Bauhandwerker. Es kannte nur eine privilegierte Hypothek für solche Darlehen, die „ad restitutionem aedificii" gegeben wurden. Allerdings pflegten die Juristen diese Schutzbestimmungen auch auf die Forderungen der Bauhandwerker und Lieferanten analog anzuwenden.[2]) Gleichwohl standen noch in großen Landesteilen gerade die wenig kapitalkräftigen Bauhandwerker dem gewissenlosen Treiben der Bauspekulanten vollständig hilflos gegenüber. Ganz besonders in den Großstädten machte sich dieser Mangel an zureichendem gesetzlichen Schutz fühlbar und schädigte, wie die

[1]) Vgl. Freese a. a. O. S. 1 ff.

[2]) Näheres hierüber siehe Simonsohn S. 11—46, desgl. Janker S. 1 ff.

Statistik nachgewiesen hat, die betroffenen Kreise jährlich um viele Hunderttausende von Mark.[3])

Während man nun allerseits gerade durch das BGB. Abhilfe dieser Mißstände erwartete, enthielt auffallenderweise der erste Entwurf dieses R.-G. gar nichts hierüber und hätte dadurch sogar noch die bisher bestehenden vereinzelten Schutzvorschriften beseitigt, ohne einen Ersatz dafür zu schaffen, wenn dieser erste Entwurf in der damaligen Abfassung bindende Kraft erlangt hätte. Natürlich rief diese Tatsache in weiten Juristenkreisen und vor allem auch unter den Baugewerbetreibenden selbst die lebhaftesten Protestbekundungen hervor. Der Hauptgrund, der die Kommission zur Nichtaufnahme von besonderen Schutzvorschriften zu Gunsten der Bauunternehmer veranlaßt hatte, war — abgesehen davon, daß man auf diese Weise die Unternehmer zwingen wollte, die pekuniäre Lage der Besteller etwas gründlicher zu prüfen und in weniger leichtfertiger Weise Kredit zu gewähren, um so dem Treiben der Bauspekulanten Schwierigkeiten zu machen, oder es womöglich ganz zu legen — vor allem, daß man sich scheute zugunsten eines besonderen Standes einen Eingriff in die allgemeinen Grundregeln unseres Sachen- und Grundbuchrechts zu tun, dessen Folgen noch nicht zu übersehen waren.

Jedoch waren auch diese schweren Bedenken schließlich den Argumenten der für den Schutz der Bauhandwerker eintretenden Gegenpartei nicht gewachsen. Diese waren insofern begründet, daß gerade in einer Zeit, in der die Kreditwirtschaft den ganzen Handel und Verkehr bereits beherrscht, ein derartig vorsichtiges Verhalten der Bauunternehmer, wie es der erste Entwurf verlangte, diesen sehr stark erschwert, wenn nicht gar aus Konkurrenzgründen unmöglich gemacht wurde.[4])

Ferner liegt es gerade in der Natur des Werkvertrages, im Gegensatz zu allen anderen Verträgen, daß der Unter-

[3]) Vgl. die Statistik hierüber in Freese, S. 36 ff.

[4]) Vgl. Protok. zweite Lesung, Band 2 S. 321 ff.

nehmer vorleisten muß, wodurch dieser ungünstiger als alle anderen Vertragsschuldner, die wenigstens ein Zurückbehaltungs- oder Leistungsverweigerungsrecht haben, gestellt ist, da ja im Moment der Einfügung in den Bau der Besteller Eigentum an der eingebauten Sache erwirbt. — Vgl. § 946 BGB.

Diesen berechtigten Wünschen nach Aufnahme von Schutzvorschriften für diese durch das Gesetz selbst ungünstiger gestellten Personen kam man denn auch insofern entgegen, daß man in der zweiten Lesung der BGB.-Vorlage nach langem Hin- und Herdebattieren den jetzigen § 648 in das BGB. aufnahm und damit den Bauunternehmern für ihre Forderungen aus dem Werkvertrage einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstücke des Bestellers gab. Nicht erreichten also die Bauunternehmer den Schutz durch eine besonders bevorzugte Hypothek. Ein dahin zielender Antrag wurde als dem ganzen Grundbuchsystem widersprechend abgelehnt.[5])

Und zwar dies mit Recht; denn es kann nicht Aufgabe der Gesetzgebung sein, den Bauhandwerkern den sichern Eingang ihrer Forderungen zu gewährleisten. Das Risiko, welches jeder Gewerbetreibende trägt, kann auch ihnen nicht erspart bleiben. Auch von ihnen muß verlangt werden, daß sie selbst den Schutz gegen Benachteiligung durch unredliches Verhalten ihrer Mitmenschen im Geschäftsleben in die Hand nehmen. Nur darum kann es sich handeln, ihnen die Waffen zu geben, die sie im wirtschaftlichen Kampfe gebrauchen. Aus diesem Gesichtspunkt heraus ist der § 648 BGB. entstanden und dieser gleiche Gesichtspunkt ist auch später in der „Schutzgesetzgebung zugunsten der Baugläubiger“ stets mit Erfolg vertreten worden.[6])

---

[5]) Ueber die Entstehungsgeschichte des § 648 BGB. vergl. vor allem Freese „Das Pfandrecht der Bauhandwerker“, desgl. Janker S. 19 u. ff., Simonsohn S. 43 ff.

[6]) Vgl. Verhandlungen des R. T. XII. Legislaturperiode, I. Session S. 2135 Nr. 345.

Mit diesem Erfolge — d. h. der Einfügung des § 648 in das BGB. — gab man sich jedoch nicht zufrieden. Auf weitere hierauf bezügliche Interpellationen im Reichstag stellte schließlich die Regierung in Aussicht, diese Frage im Wege der Spezialgesetzgebung noch weiter zu regeln.

Diesem Versprechen kam die Regierung nach, indem sie noch im Jahre 1897 die Entwürfe eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen und eines preußischen Ausführungsgesetzes nebst Begründung veröffentlichte und der allgemeinen Kritik überließ.[7])

Durch viele Anregungen, die die Regierung hieraufhin erhielt, verändert, kam ein neuer Entwurf zu Stande, der im Jahre 1901 der Öffentlichkeit übergeben wurde. Jedoch auch dieser Entwurf erfreute sich noch nicht der Billigung der Allgemeinheit, und so erfolgte eine nochmalige Durcharbeitung des Gesetzes. Im Jahre 1907 kam die letzte Vorlage vor den Reichstag. Auch diese letzte Vorlage hatte einen äußerst fruchtbaren literarischen Meinungsaustausch der verschiedenen Interessentengruppen gezeitigt.[8])

Endlich, am 1. Juni 1909, wurde das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen publiziert, wodurch vorläufig diesem jahrzehntelangen Kampf um einen ausreichenden Schutz der Bauhandwerker ein Ende gesetzt wird.[9])

---

[7]) So erfuhr die Frage auf dem 24. deutschen Juristentag eine eingehende Erörterung. Vgl. Gutachten Eckels Bd. 2 S. 173 ff., desgl. Kritik Eckels Bd. 3 S. 103 ff.

[8]) Vgl. hierzu Heinitz a. a. O., S. 40 ff., desgl. Gegenentwurf von Munk in D. J.-Ztg. S. 557 ff., ebenso Güthe, der überhaupt den Erlaß des neuen R. G. zugunsten einer bestimmten Interessentengruppe für überflüssig und gefährlich hält. Vgl. Güthe a. a. O. S. 82 ff., ferner den Gegenentwurf von Krückmann a. a. O., S. 807 ff., der vor allem eine Zersplitterung des Rechts durch Landesherrliche Verordnung nach § 9 des Gesetzes v. 1. 6. 09 bekämpft.

[9]) Vgl. Oertmann zu § 648, desgl. Staudinger zu § 648, desgl. Planck, BGB. zu § 648, desgl. Janker S. 23 ff., Harnier S. 9 ff., Hagelberg S. 5—8, Kretzschmar a. a. O. S. 621 ff., Friedländer a. a. O. S. 281, Güthe a. a. O. S. 77/78, Gareis S. 1 u. ff., desgl. Vorbemerkung in Verhandlungen des R. T. XII. Legislaturperiode I. Session S. 2150 Nr. 365.

I. Abschnitt.

Die rechtliche Stellung der Bauhandwerker nach §§ 648, 649 B. G. B.

I. Kapitel.

Aus dem Umstande, daß die §§ 648, 649 BGB. unter dem Titel „Werkvertrag" im BGB. enthalten sind, geht hervor, daß der in § 648 BGB. enthaltene Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek dem Unternehmer oder Bauhandwerker nur dann zusteht, wenn er einen W e r k vertrag mit dem Besteller abgeschlossen hat. Unberücksichtigt bleiben also vor allem die Lieferanten von Baumaterialien, mit denen der Bauherr ja nur einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, desgl. alle übrigen Personen, die auf Grund eines Dienstvertrages an dem Bau beteiligt sind.

Damit ein Werkvertrag aber vorliegt, müssen zunächst die Erfordernisse des § 631 BGB. erfüllt sein, d. h. der Unternehmer muß sich zur Herstellung eines bestimmten Werkes — und zwar kann dieses die vollständige Neuherstellung oder auch nur die Veränderung eines Werkes, ferner auch jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeiführbare E r f o l g sein — verpflichten, demgegenüber der Besteller die vereinbarte Vergütung entrichten muß.

Es wird nun häufig schwer sein, einen Werkvertrag als solchen in der Praxis zu erkennen und ihn von anderen ähnlichen Verträgen zu unterscheiden. Besonders schwer ist dies, wenn ein Vertrag vorliegt, der sowohl Werk- wie Dienstvertrag sein kann. Theoretisch kommt es darauf an, was durch den Vertrag u n m i t t e l b a r bezweckt wird. In

beiden Verträgen ist die Arbeit des Schuldners Gegenstand des Vertrages. Ein Werkvertrag liegt nun stets dann vor, wenn durch den Vertrag unmittelbar der Erfolg der Arbeit gewollt wird, d. h. wenn die Arbeit erst um ihres Erfolges willen bezahlt wird. Dienstvertrag wird dagegen stets dann vorliegen, wenn die Arbeit um ihrer selbst willen bezahlt wird, und der Erfolg derselben erst in zweiter Linie steht. Sehr gute, wenn auch nicht immer zutreffende Anhaltspunkte, um in der Praxis zu erkennen, was vorliegt, ob Dienst- oder Werkvertrag, gibt die Form der Vergütungsauszahlung. Wird für die Arbeit ein bestimmter Pauschsatz gewährt, wird in der Regel Werkvertrag vorliegen. Wird dagegen die Arbeit nach bestimmten Zeitabschnitten oder stückweise bezahlt, wird der betreffende Vertrag meist ein Dienstvertrag sein.[10])

Einen noch besseren Anhaltspunkt bietet folgende Erwägung: Würde man bei Leistungsverweigerung des Schuldners auf Vornahme einer ganz bestimmten abgegrenzten Tätigkeit klagen, d. h. kann man zum Schuldner sagen: „Du hörst auf, wenn du das und das erreicht hast!", so wird stets ein Werkvertrag vorliegen. Klagt man hingegen auf Vornahme einer bestimmten Tätigkeit, der nur durch Zeitablauf ein Ende gesetzt wird, so handelt es sich stets um einen Dienstvertrag, dessen Vergütungsanspruch nicht durch § 648 BGB. geschützt wird.[11])

II. Kapitel.

Allgemeine Voraussetzungen zu einem Werkvertrage sind nach dem oben Gesagten also:

a) Verpflichtung zur Werkherstellung,

b) Vereinbarung einer Vergütung.

Allerdings kann nach § 632 BGB. von dem Erfordernis zu b) abgesehen werden, wenn die Herstellung eines Werkes

[10]) Vgl. Oertmann u. Staudinger zu §§ 611 u. 631.

[11]) Vgl. Oberneck S. 458.

den ganzen Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. — z. B. es läßt sich jemand bei seinem Schneider, ohne irgend wie vom Preise zu sprechen, einen Anzug anfertigen. —

Jedenfalls ist es wohl richtig, in derartigen Fällen sowohl die objektiven Verhältnisse, die Verkehrssitte u. s. w., als auch die persönliche Lage und Lebensanschauung des Herstellers in Berücksichtigung zu ziehen, um zu entscheiden, ob die Herstellung eines Werkes nur gegen Vergütung zu erwarten war.[12])

Die Preisbestimmung erfolgt in einem solchen Falle durch denjenigen, der die Gegenleistung zu fordern berechtigt ist, — mit andern Worten durch den Unternehmer. Sollten an dem betreffenden Herstellungsorte besondere Taxen oder allgemein übliche Preise bestehen, so ist der Unternehmer bei der Preisbestimmung ev. an diese gebunden.[13])

Würde dagegen die Herstellung eines Werkes ohne Vergütung übernommen, liegt also eine sogenannte Gratisleistung von seiten des Unternehmers vor, so wäre der abgeschlossene Vertrag kein Werkvertrag, sondern müßte vielmehr als Schenkung, ev. auch als Auftrag oder dergleichen aufgefaßt werden.[14])

III. Kapitel.

Nach § 648 BGB. hat nun der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines Teiles desselben den Anspruch auf eine Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers für solche Forderungen, die sich aus dem Vertrage ergeben.

---

[12]) Vgl. Planck zu § 612, desgl. Oertmann u. Staudinger zu § 612, Riezler S. 39.

[13]) Vgl. Riezler S. 40.

[14]) Vgl. Staudinger zu § 631, II, 2, a, desgl. Rechtspr. OLG. Bd. 2 S. 178 (Erfordernisse der Vorverträge beim Werkvertrag), Riezler S. 37.

Die Sicherungshypothek kann also nur verlangen der Unternehmer, und zwar der unmittelbare,[15]) d. h. der Unternehmer, der den Werkvertrag ohne Zwischenglied mit dem Besteller und Baugrundbesitzer selbst abgeschlossen hat. Personen, die erst durch den Unternehmer beim Bau beschäftigt werden, haben also nicht den erwähnten Pfandrechtstitel für ihre Forderungen, da dieser nur für solche Forderungen besteht, die aus einem unmittelbar mit dem Grundstückseigentümer abgeschlossenen Werkvertrage entstehen.

Aus dieser Voraussetzung des unmittelbaren Vertragsverhältnisses zwischen Unternehmer und Besteller für das Entstehen des Pfandrechtstitels wird meist und wohl auch mit Recht gefolgert, daß die Unmittelbarkeit auch noch vorhanden sein müsse bei der Verwirklichung dieses Anspruchs. Der Anspruch auf die Sicherungshypothek ist also nicht notwendig mit der Forderung, sondern mit der Forderung und dem Werkmeister verbunden.[16])

Cediert also ein Werkmeister eine Forderung, für die der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB. gegeben ist, bevor er diesen Anspruch durchgeführt hat, so kann der Cessionar nicht mehr diesen Anspruch geltend machen, da, wie oben auseinandergesetzt, die Schutzvorschrift aus § 648 BGB. nur höchst persönlich wirkt. Ohne Einfluß bleibt hierbei, ob der Anspruch auf die Sicherungshypothek bereits durch eine Vormerkung nach § 883 BGB. gesichert war. Die Vormerkung ist nur ein Mittel für denjenigen, der einen Anspruch auf dingliche Sicherung einer Forderung hat, dieser künftigen dinglichen Sicherung einen möglichst günstigen Rang zu verschaffen. Die Vormerkung schützt also nur denjenigen, der den obigen Anspruch hat — und so lange er ihn hat. Geht mit

---

[15]) Oertmann zu § 648, Staudinger zu § 648, Hopmann a. a. O. S. 225 in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung.

[16]) Vgl. OLG. Kiel in Seuff. Arch. Bd. 57 Nr. 76, desgl. Oberneck S. 459.

der Cession einer Forderung, mit der ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch auf Einräumung einer Hypothek verbunden ist, der Anspruch auf die Hypothek zugrunde, so bleibt die Vormerkung für den Cedenten zwar bestehen, wird aber praktisch für ihn wertlos, da er ja mit der Cession der Forderung des Anspruchs, den er durch die Vormerkung sichern wollte, verlustig gegangen ist. Der Cessionar hingegen erwirbt nur eine jeden Anspruchs auf dingliche Sicherung entkleidete Forderung und würde, auch wenn man auf dem Standpunkt stände, daß die Vormerkung zusammen mit der Forderung cediert werden könnte, auch dann nichts mit der Vormerkung beginnen können, da diese ja einen Anspruch sichern sollte, der inzwischen zugrunde gegangen ist.[17])

Für diese Auslegung spricht auch vor allem der Wortlaut des § 648 BGB., der sagt: „Der Unternehmer kann für seine Forderungen etc. Einräumung der Sicherungshypothek verlangen."

Ferner ist ein Unternehmer nur derjenige, dessen Tätigkeit die Herstellung des Baues unmittelbar bezweckt. Die Unmittelbarkeit muß also nach 2 Seiten hin vorhanden sein: 1. im Verhältnis zu dem Grundstückseigentümer und 2. im Bezug auf die Tätigkeit beim Bau. Nicht als Unternehmer gelten also z. B. die Architekten, die die Pläne entwerfen etc., so notwendig auch alle diese Arbeiten sind; denn sie bereiten ja nur mittelbar das Entstehen des Bauwerkes vor.[18])

IV. Kapitel.

Weiter wird nach § 648 BGB. nur geschützt der Unternehmer eines Bauwerkes. Eine Definition des „Bauwerkes" im Sinne des besprochenen § läßt sich zwar aus dem BGB. selbst nicht finden. Jedoch dürften im praktischen

[17]) Gleicher Ansicht Hopmann a. a. O. S. 226 ff. — Anderer Ansicht Oberneck S. 459, Oertmann zu § 648, Staudinger zu § 648.

[18]) Vgl. Recht 1906 Nr. 667 u. Nr. 668, Kleinschmidt a. a. O. S. 110, Oberneck S. 458.

Verkehr aus diesem Unstande wohl kaum noch Schwierigkeiten entstehen, da sich im Geschäftsleben über diese Frage bereits seit langem feste Anschauungen gebildet haben. Vor allem darf man ein Bauwerk hiernach durchaus nicht mit einem „Gebäude" identifizieren, sondern man versteht unter einem Bauwerk jetzt jede „unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache." [19])

Die Verbindung mit dem Erdboden muß eine feste sein, d. h. die Verbindung muß fest sein und entweder durch die eigene Schwere des in die Erde gelassenen Körpers oder durch irgend welche Verankerung oder sonst welche starke Verbindung hergestellt sein.

Nicht als Bauwerke können demnach z. B. aufgefaßt werden Drainage- oder sonst welche Rohranlagen, so weit diese nur lose in den Erdboden gelegt sind, auch wenn die einzelnen Glieder untereinander wieder durch Abdichtungsmittel verbunden sind.[20])

Ferner ist zu dem Begriff eines Bauwerkes durchaus nicht erforderlich, daß es sich um einen Neubau handelt, ebensowenig wie zu dem Begriff des Teiles eines Bauwerkes nötig ist, daß dieser Teil ein räumlich abgeschlossenes Ganzes bildet. Vielmehr genügt jeder Umbau und jede Reparaturarbeit an einem Bauwerk, wenn sie nur mithilft zur Fertigstellung des Baues oder sonst eine Werterhöhung des Grundstücks bedeutet und als Lieferung eines Arbeitsresultates übernommen wird.[21]) Der Anspruch aus § 648 BGB. besteht also auch z. B. für Maler, die die Wände tünchen, Tapezierer, Lackierer usw.[22])

Zu einem ähnlichen Resultat kommt auch das RG., indem es als Teile eines Bauwerkes alle die das Bauwerk im Ganzen

---

[19]) Vgl. Definition des RG., Bd. 56, S. 41 f., desgl. Oertmann zu § 648, 5, b.

[20]) Vgl. Warneyer Erg. Bd. 09, Nr. 18.

[21]) Vgl. Rspr. OLG. Bd. 2 S. 283 u. Recht 1907 Nr. 378.

[22]) Vgl. Rspr. OLG. Bd. 13 S. 427.

bildenden materiellen Ergebnisse der Einzelleistungen bezeichnet und ausdrücklich betont, daß es nicht erforderlich sei, daß diese in körperlicher Abgegrenztheit vorlägen.[23])

V. Kapitel.

Fraglich ist nun, ob es erforderlich dabei ist, daß die Teile wesentliche Bestandteile des Bauwerkes werden müssen, oder ob jede beliebige Verbindung mit dem Bauwerk genügt, um einen Anspruch aus § 648 BGB. zu erlangen. Oertmann hält dies zur Begründung des Anspruchs auf eine Sicherungshypothek für gleichgültig und behauptet, wenn man es zur Grundbedingung mache, daß das Eingefügte wesentlicher Bestandteil des Bauwerks werde, so müsse man logischerweise den Anspruch in demselben Moment als hinfällig bezeichnen, wenn später durch irgend einen Umstand die Bestandteilseigenschaft wieder aufgehoben werde.[24])

Diese Ansicht steht jedoch erstens nicht in Einklang mit dem Sinne des Gesetzes, das den Unternehmern dafür, daß sie mit dem E i n f ü g e n ihr Eigentumsrecht an den eingefügten Sachen verlieren, ein Äquivalent in dem Anspruch auf die Sicherungshypothek geben will. Nach § 946 BGB. ist aber ein Eigentumsübergang durch Einfügen einer beweglichen Sache in ein Grundstück oder auch in ein Bauwerk, was bedeutungslos ist, da nach § 94 BGB. letztere wesentliche Besandteile der ersteren sind, nur dadurch möglich, daß der eingefügte Gegenstand wesentlicher Bestandteil des Grundstückes wird. Andere Gegenstände, die nicht wesentlicher Bestandteil bei ihrer Verbindung werden, werden durch diesen Akt an sich nicht Eigentum des Bestellers, sondern müssen, um diesen Zweck zu erreichen, noch besonders übereignet werden. In derartigen Fällen stehen dem Schuldner auch ganz andere Mittel zur Verfügung, um zu seinem Recht zu kommen. Zunächst hat er in solchen Fällen ein Zurückbehaltungsrecht an dem zu übereigenden

---

[23]) Vgl. RGE. Bd. 63 S. 312 u. ff.

[24]) Vgl. Oertmann zu § 648.

Gegenstande; und weiter ist für ihn auch die Zwangsvollstreckung bedeutend erleichtert, da diese dann nach den Regeln des dritten Abschnittes Buch VIII der ZPO. vor sich geht. § 648 BGB. will demgegenüber jedoch nur diejenigen Schuldner schützen, die eine absolute und gesetzliche Vorleistungspflicht haben und in Erfüllung dieser Pflicht das Eigentum an ihrer Leistung verlieren.[25])

Der Oertmannschen Annahme, daß zur Begründung des Anspruchs aus § 648 BGB. nicht erforderlich sei, daß die eingefügte Sache wesentlicher Bestandteil des Grundstücks werden müsse, widerspricht weiter vor allem auch die Entstehungsgeschichte des zweiten Absatzes des § 651 BGB. Dieser betreffende Absatz lautete ursprünglich: „hat der Unternehmer sich nur zur Beschaffung von Zutaten oder Nebensachen verpflichtet, so ist der Vertrag lediglich nach den Vorschriften über den Werkvertrag zu beurteilen. Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer sich verpflichtet hat, ein Bauwerk aus dem von ihm zu beschaffenden Stoffe auf dem Grund und Boden des Bestellers oder eines Dritten herzustellen."

Dieser letzte Satz wurde von der zweiten Kommission gestrichen, weil er selbstverständlich sei und außerdem noch irreführend, da der Wortlaut dieses Satzes auch solche Bauwerke mit umfasse, die nach § 946 BGB. nichtwesentliche Bestandteile des Grundstückes würden und somit ev. nach § 651/I BGB. zu beurteilen seien.[26])

Aus dem Umstande, daß man diesen letzten Passus als irreführend bezeichnete, geht klar und deutlich hervor, daß man die §§ 647 und 648 BGB. nicht für derartige Fälle vorgesehen hatte, daß also umgekehrt zur Anwendung von § 648 BGB. nötig ist, daß der eingefügte Gegenstand wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird.

---

[25]) Gleicher Ansicht Staudinger zu § 648. Vgl. dagegen Oertmann zu § 648.

[26]) Vgl. Protokolle II. Lesung, Bd. II S. 342.

Schließlich kann sich Verfasser auch kaum einen derartigen Fall denken, in dem das Liefern und Einfügen einer Sache als Werkvertrag aufgefasst werden kann, wenn das Einfügen in einer derartigen Weise erfolgt, daß die Sache nicht einmal wesentlicher Bestandteil des Bauwerks oder auch Grundstücks wird. Derartige Fälle, in denen das Liefern des Gegenstandes den Hauptinhalt des Vertrages bildet, dem gegenüber das Einfügen desselben in das betreffende Grundstück nur als Nebenleistung aufgefaßt werden kann, dürften wohl stets als Kauf-, nicht aber als Werkverträge aufzufassen sein.

Demnach wird man das Liefern und Aufstellen von Öfen z. B. oder auch von Maschinen und dergleichen in einem Gebäude stets als Kauf, schwerlich aber als Werkvertrag zu betrachten haben.[27])

VI. Kapitel.

Der Umstand, daß gerade bei der Herstellung von Bauwerken sich die Unternehmer sehr häufig auch zur Beschaffung der entsprechenden Baumaterialien verpflichten, könnte ev. dazu verleiten, einen derartigen Vertrag als Werklieferungsvertrag im Sinne von § 651/I BGB. aufzufassen.[28])

Nach § 651 Abs. I Satz II Halbs. II ist vor allem die Anwendung der §§ 647 und 648 BGB. ausgeschlossen, wenn der Unternehmer bei der Herstellung einer nicht vertretbaren Sache — und als solche dürfte sich wohl ein Bauwerk ohne weiteres charakterisieren (vgl. § 91 BGB.) — den S t o f f selbst liefert.

---

[27]) Vgl. Entsch. d. RG. in Recht 1904 Nr. 166 „Die Lieferung von Maschinen ist nur dann als Werkvertrag aufzufassen, wenn sie in den Raum hineingebaut und diesem angepaßt werden müssen, so daß sie wesentliche Bestandteile desselben werden."

[28]) Das Wort „Werklieferungsvertrag" ist dem Sprachgebrauch des BGB. unbekannt, sondern zuerst von Fischer-Henle geprägt worden und seitdem fast durchweg in der Literatur acceptiert. Vgl. Fischer-Henle zu § 651; desgl. Oertmann, Staudinger, Lotmar, Riezler, Enneccerus u. a. m.

Über die Auslegung des Wortes „Stoff" herrscht Streit. So behauptet z. B. Ochß in seiner Abhandlung über § 651, daß darunter nur bewegliche Sachen zu verstehen seien. Grundstücke seien infolgedessen kein Stoff. Wie er jedoch zu dieser Annahme kommt, ist nicht ersichtlich. Das Wort Stoff, das heißt Ur- oder Rohbestandteil einer Sache, schließt an sich nicht aus, daß auch unbewegliche Sachen darunter mit zu verstehen sind. Wenn das Gesetz einen derartig allgemeinen Ausdruck gebraucht, so muß er auch ebenso allgemein ausgelegt werden. Gegen die Annahme von Ochß spricht außerdem auch noch die bereits oben erwähnte Entstehungsgeschichte des § 651/II BGB.[29])

Allgemeine Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 651/I sind nach Satz 1 dieses Paragraphen:

1. Herstellung einer Sache,
2. Stoffbeschaffung von Seiten des Unternehmers,
3. Eigentumsübertragung durch den Unternehmer auf den Besteller.

Das Anwendungsgebiet dieses § ist also bedeutend enger begrenzt als das des § 631 BGB. Nach § 631 kann Gegenstand des Werkvertrages jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeiführbare Erfolg sein — also gleichgültig ob dieser Erfolg ein materieller oder immaterieller ist. Nach § 651 dagegen muß eine S a c h e — im Sinne von § 90 BGB. — hergestellt werden, die übereignet werden muß. Sowohl aus dem Begriff der Sache, wie auch aus dem Erfordernis der Übereignung geht hervor, daß nur die Herstellung s e l b s t ä n d i g e r Sachen nach § 651/I BGB. zu beurteilen ist,[30]) die bis zur Fertigstellung im Eigentum resp. Verfügungsbereich des Unternehmers stehen müssen. Es muß sich also um die Herstellung von Sachen handeln, bei

---

[29]) Gleicher Ansicht Siméon Band I S. 434 Anm. 12, Oertmann u. Staudinger zu § 651 RGE. Bd. 58 S. 303. Anderer Ansicht Ochß a. a. O.

[30]) Vgl. Staudinger zu § 651 in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung.

denen der Unternehmer im Gegensatz zu § 651/II BGB. die „Hauptsache" als Stoff zugibt.

Ungefähr ebenso interpretiert auch Enneccerus den § 651/I BGB., indem er sagt, daß — ähnlich wie im gemeinen Recht — in den Fällen, wo beide — sowohl der Besteller als auch der Unternehmer — „Stoff" liefern, stets dann Werklieferungsvertrag resp. Kauf anzunehmen sei, wenn der von dem Unternehmer zu beschaffende Stoff so wesentlich sei, daß die Sache dem Besteller nicht schon vor der Übergabe gehöre, sondern erst durch diese in sein Eigentum übertragen würde.[31])

Wenn man von dieser Auslegungsregel, der sich auch Verfasser anschließen möchte, ausgeht, so muß man zunächst von Fall zu Fall wieder unterscheiden, was Hauptsache und was Nebensache ist, da ja an sich jede körperliche Sache „Hauptsache" ist und stets nur aus dem Verhältnis, in dem beide, resp. auch mehrere Sachen zu einander stehen, erst entnommen werden kann, was in dem konkreten Fall Hauptsache und was Nebensache ist,[32]) — und zwar dürfte maßgebend sein das Verhältnis, in dem der neu verwandte Stoff zu dem gesamten bis dahin vorhandenen Material — dem sogenannten Arbeitssubstrat — steht, wie es auch die herrschende Ansicht annimmt.

Unrichtig jedoch dürfte auf alle Fälle die Ansicht sein, die ein Wertverhältnis sucht zwischen dem Wert der Arbeit und den dabei verwendeten Zutaten.[33])

Jedoch interessiert uns diese Streitfrage hier weniger. Im Baugewerbe ist die Frage, was als Hauptsache zu bezeichnen ist, sehr einfach, da das BGB. selbst für Immobilien — um die es sich ja hier stets handelt — in seinen §§ 94 und 946 eine Auslegungsregel geschaffen hat und bei Bauwerken stets das Grundstück, das ja — wie wir bereits oben gezeigt haben — im Falle der Anwendung des § 648

[31]) Enneccerus Buch 2 S. 424, Anm. 6.
[32]) Vgl. Weil S. 10.
[33]) Vgl. Staudinger zu § 651.

im Eigentum des Bestellers stehen muß, als die Hauptsache erklärt. In solchen Fällen greift also § 651/II Platz, der ausschließlich auf die Vorschriften über den Werkvertrag verweist. Zum gleichen Resultat kommt auch die herrschende Meinung, die durchgängig die Herstellung eines Bauwerkes auf dem Grundstücke des Bestellers als Werkvertrag auffaßt.[34])

VII. Kapitel.

Weiter darf der Unternehmer eine Sicherungshypothek nur verlangen an dem Baugrundstücke des Bestellers. Der Sinn des Gesetzes ist, daß ein Grundstück mit dem durch den Bau erwachsenen Mehr-Wert haften soll. Wenn also der Besteller auch mehrere grundbuchlich von einander getrennte Grundstücke besitzt, so kommt die Sicherungshypothek doch nur in Frage, bei dem einen Grundstück, das durch den Bau unmittelbar einen Wertzuwachs erfahren hat.[35])

Schließlich ist noch erforderlich, daß das Baugrundstück auch dem Besteller gehört. Wenn also z. B. ein Mieter oder Pächter eines Grundstücks irgend welche baulichen Arbeiten daran vornehmen läßt, so erwachsen aus einem derartigen Vertrage keine Ansprüche auf die Sicherungshypothek.[36]) Die einzige Ausnahme bildet nur der Fall, in dem jemand ein Erbbaurecht besitzt. Für das Erbbaurecht gelten nach § 1017 BGB. ausnahmslos die sich auf die Grundstücke beziehenden Vorschriften. Mit anderen Worten wird hierdurch der Erbbauberechtigte einem Grundstückseigentümer vollständig gleichgestellt.

VIII. Kapitel.

Streitig ist, ob der Unternehmer die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück noch verlangen

---

[34]) Vgl. Staudinger, Planck, Oertmann zu § 651, Drost S. 25 u. 26 Ochß S. 4 f., Weil S. 37, Rspr. OLG. Bd. 17 S. 418.

[35]) Vgl. OLG. Bd. 12 S. 83 f., Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 76.

[36]) Vgl. Riezler S. 156.

kann, nachdem der ursprüngliche Besteller dieses bereits weiter veräußert hat. Es ist wohl kaum anzunehmen, daß dieses noch möglich ist. Das Gesetz gibt den betreffenden Anspruch gegen das „Baugrundstück des Bestellers", d. h. also nur so lange, als der Besteller auch Eigentümer des Grundstücks ist. Das Gesetz verlangt Identität zwischen Besteller und Grundstückseigentümer. In demselben Moment, wo diese Voraussetzung wegfällt, erlischt auch der Anspruch des Unternehmers auf Einräumung der Sicherungshypothek.[37])

Anders dagegen ist die Rechtslage, wenn die Veräußerung erfolgt, nachdem zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung der Sicherungshypothek bereits eine Vormerkung im Grundbuche eingetragen ist. [Wann und in welchem Umfange dies geschehen kann, wird noch weiter unten zu behandeln sein.] Eine unter solchen Umständen erfolgte Veräußerung übt gar keinen Einfluß auf den dem Unternehmer zustehenden Pfandrechtstitel aus. Zunächst erwirbt der Käufer das betreffende Grundstück, obwohl er aus der Eintragung im Grundbuch die Vormerkung kennt, und übernimmt damit das Risiko einer späteren definitiven Hypothekeneintragung. Ferner sind im § 439/II BGB. bei Grundstücksveräußerungen die Vormerkungen den Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden gleichgestellt. Und schließlich ist zum Überfluß noch einmal ausdrücklich im § 883/II BGB. bestimmt worden, daß irgendwelche Verfügungen, die nach der Vormerkungseintragung mit dem Grundstücke vorgenommen werden, insoweit unwirksam sein sollen, als durch sie der Anspruch vereitelt oder gefährdet werden könnte.[38])

IX. Kapitel.

Wichtig ist ferner die Frage, wann und in welchem Umfange nun der Anspruch auf Einräumung einer Siche-

[37]) Gleicher Ansicht Oertmann u. Staudinger zu § 648, desgl. Hopmann a. a. O. S. 225. Anderer Ansicht Riezler S. 156.

[38]) Gleicher Ansicht Oertmann zu § 648, Staudinger zu § 648. Anderer Ansicht allerdings Hopmann a. a. O. S. 226 ff.

rungshypothek gegeben ist. Um hier gleich eine Zweifelsfrage vorweg zu nehmen, so dürfte es wohl unbestritten sein, daß zum Geltendmachen des erwähnten Anspruchs n i c h t erforderlich ist: „Fälligkeit" der Forderung. Maßgebend ist hierbei vor allem die Wortfassung des § 648 BGB. Satz 1. Danach steht dem Unternehmer der Anspruch auf die Sicherungshypothek zu „für seine Forderungen aus dem Vertrage". Das Gesetz macht also, indem es von Forderungen schlechthin spricht, keinen Unterschied dazwischen, ob diese fällig sind oder nicht, sondern macht lediglich die Tatsache zur Voraussetzung für den Anspruch auf die Werkmeisterhypothek, daß überhaupt eine vertragliche Forderung entstanden ist.[39]) Vertraglich ist auch die Forderung auf Schadensersatz wegen Abnahmeverzugs, der Anspruch auf eine ev. Vertragstrafe und auf die Zinsen.[40])

Nach dem Wortlaut des § 648 BGB. kann nun der Unternehmer grundsätzlich die Einräumung der Sicherungshypothek verlangen, wenn und soweit er seiner Vorleistungspflicht genügt hat. Wenn er also die gesamte Forderung auf einmal dinglich sichern will, muß er stets warten, bis der ganze Werkvertrag restlos erfüllt ist. Es liegt auf der Hand, daß eine derartig späte Sicherung gerade unreellen Bauspekulanten gegenüber, gegen die ja diese Schutzvorschrift allein gerichtet ist, in den meisten Fällen viel zu spät kommt, da in der Zwischenzeit das betr. bebaute Grundstück mit Hypotheken bis an seinen äußersten Grenzwert belastet sein wird. — Aber auch der Weg, daß der Unternehmer jeweils für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht mit inbegriffenen Auslagen die Einräumung der Sicherungshypothek beantragt, ist ein äußerst schwaches Hilfsmittel, da er dies nur — dem Sinne des Gesetzes entsprechend — in der Höhe des Wertes verlangen kann, der faktisch in das Grund-

[39]) Vgl. Oertmann und Staudinger zu § 648 in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung.

[40]) Vgl. Kleinschmidt a. a. O. S. 111. Hopmann a. a. O. S. 224 ff.

stück eingefügt ist. Ungedeckt bleiben auf diese Weise vor allem die bereits gemachten weiteren Auslagen für die Vorbereitungen zum Weiterbau. Z. B. die Anlagen für den Ankauf von Balken, Steinen, Baumaterial, ausgelegten Löhnen, für das Behauen der Balken usw.

Wenn vielleicht auch die ersten Eintragungen noch einigermaßen gedeckt sind, so pflegen doch die letzten Posten aus leicht begreiflichen Gründen meist vollständig in der Luft zu stehen, so daß auch auf diese Weise eine Verhütung jeglichen Schadens nicht möglich ist.

X. Kapitel.

Zu der Eintragung einer derartigen Sicherungshypothek resp. Sicherungsteilhypothek ist, wie bei allen Grundstücksverfügungen, nach § 873/I BGB. die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich, die selbstverständlich, wie auch sonst, durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann. Da der Besteller nun häufig seine Einwilligung zur Eintragung nicht geben wird, und andererseits bis zum Beibringen des gerichtlichen Entscheids zu viel Zeit verstreichen und auf diese Weise meist nur noch eine sehr illusorische Sicherheit erlangt werden wird, hat der Unternehmer das Recht, für seinen Anspruch dadurch einen günstigeren Platz im Grundbuch zu erlangen, daß er zunächst eine Vormerkung nach § 883 BGB. dafür eintragen läßt. Diese wird meist auf Grund einer einstweiligen Verfügung, zu deren Erlaß nach § 885/I S. 2 BGB. noch nicht einmal erforderlich ist, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird, eingetragen, da der betreffende Bauherr seine Zustimmung dazu ebenso verweigern wird, wie er bereits die Eintragung selbst verweigert hat.

Streitig ist nun, ob die Vormerkung nur in der Höhe, in der nach § 648 BGB. die Sicherungshypothek selbst verlangt werden kann, oder ob dadurch ev. die ganze künftige Forderung aus dem Werkvertrage gesichert werden kann.

Nach § 883/I S. 2 ist die Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig. Es würde also hier darauf ankommen, was unter einer künftigen Forderung zu verstehen ist. Versteht man darunter nur betagte oder künftig fällig werdende Forderungen, aber immerhin doch Forderungen, die bereits bestehen, so würde der Unternehmer nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung auch nur die Vormerkung auf Einräumung der Sicherungshypothek beanspruchen können. Eine solche Auslegung des Wortes „künftig" erscheint jedoch der sonstigen präzisen Wortfassung des BGB. gegenüber nicht haltbar. Wenn das BGB. nichtfällige Forderungen meint, so bezeichnet es diese auch als solche, oder mit einem anderen Ausdrucke, unter dem man dasselbe versteht (z. B. betagt), gebraucht aber nicht einen so allgemeinen Ausdruck, der zu derartigen Mißdeutungen Anlaß geben kann. Natürlicher und richtiger ist deshalb auch wohl die Annahme, daß das BGB., wenn es einen so allgemeinen Ausdruck gebraucht, diesem auch einen ebenso allgemeinen Auslegungskreis zugesteht. Unter künftigen Ansprüchen dürften somit nicht nur künftig fällig werdende, sondern auch alle künftig erst zur Entstehung gelangenden Ansprüche zu verstehen sein.

Ebenso legt auch das Reichsgericht den § 883/I aus. Jedoch ist es der Ansicht, daß der § 883/I nicht schrankenlos auf die Werkmeisterhypothek in Anwendung kommen könne, da ja der Unternehmer an den noch nicht eingefügten Sachen ein Zurückhaltungsrecht ausüben könne. Diese Ansicht stützt es außerdem noch mit dem Sinn des § 648 BGB., der dem Unternehmer das Grundstück nur mit seinem tatsächlich erhaltenen Wertzuwachs haftbar machen wolle.[41])

Nach Ansicht des Verfassers müssen diese letzteren Erwägungen dann sehr wohl durchgreifen, wenn es sich um die definitive Eintragung der Sicherungshypothek handelt.

---

[41]) Vgl. RGE. Bd. 58 S. 303.

Jedoch dürfte es unbillig sein, gerade für den Werkmeistergläubiger den § 883, Abs. 1, der sonst für jeden Gläubiger eines der besten Schutzmittel bedeutet, auszuschließen und für unanwendbar zu erklären, ohne daß noch dazu ein wirklich triftiger Grund hierfür vorläge.[42])

Während also die Einräumung der Sicherungshypothek selbst nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangt werden kann, ist die Vormerkung bereits vor Vollendung des Bauwerkes in der Höhe der gesamten vereinbarten oder üblichen Vergütung zulässig.[43])

XI. Kapitel.

Wie ist nun die Rechtslage der Unternehmer im Falle einer Kündigung des Werkvertrages?

Nach § 649 S. 1 BGB. hat der Besteller das Recht, jederzeit den Vertrag zu kündigen. Das Gesetz nimmt hierdurch dem Unternehmer das Recht, ein begonnenes Werk unter allen Umständen fertig stellen zu dürfen, mag er auch noch soviel Interesse daran haben. Wie z. B. ein Architekt an dem Bau eines öffentlichen Gebäudes, das von weitesten Kreisen beachtet werden und ihn bei glücklicher Vollendung mit einem Schlage zum bekannten Mann machen muß. — Das Gesetz steht vielmehr auf dem Standpunkt, daß die Herstellung des Werkes lediglich im Auftrag und im Interesse des Bestellers geschieht und gibt diesem infolgedessen die oben erwähnte weitgehende Befugnis, mit dem Werk zu machen, was ihm beliebt.

Als Äquivalent beläßt das BGB. in solchen Fällen der Kündigung dem Unternehmer den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, allerdings unter Anrechnung dessen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen etc. erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner

---

[42]) Gleicher Ansicht Dernburg B. R. II zu § 323, Kleinschmidt a. a. O. S. 117, Budde i. D. J.-Ztg. S. 1221 ff., desgl. scheinbar auch Heinitz a. a. O. S. 1307.

[43]) Vgl. Simonsohn S. 462, Brückner in R. 1908 S. 842, Staudinger zu § 883, Oertmann zu § 648.

Arbeitskraft erwirbt, resp. böswillig zu erwerben unterläßt. Vgl. Satz 2 des § 649 BGB.

An Stelle der „vereinbarten" Vergütung tritt beim Fehlen einer solchen Verabredung gemäß § 632/II BGB. der Anspruch auf die taxmäßige oder übliche Vergütung, und zwar auf die bei Fertigstellung des Werkes übliche Vergütung. Mit anderen Worten, es kann der Unternehmer beim Aufstellen seiner Forderung eine Berechnung auf der Grundlage vornehmen, als wenn das Werk vollständig hergestellt wäre, und muß sich nur auf Grund von § 649, Satz 2, Halbs. 2, BGB. von dieser Summe für die in Folge der Kündigung ersparten Aufwendungen etc. die entsprechenden Abzüge gefallen lassen.

Streitig ist hierbei, ob der soeben zitierte Satz dem Besteller einen selbständigen Anspruch, der im Wege der Aufrechnung gegenüber der Forderung des Unternehmers geltend gemacht werden muß, oder doch zum mindesten eine Einrede gegenüber dem Anspruch des Unternehmers gibt. Beides wird von der herrschenden Meinung verneint.

Allgemein faßt man diese sogenannte „Vorteilsanrechnung" lediglich als einen unselbständigen Rechnungsfaktor auf, durch den sich der Anspruch des Unternehmers von selbst verringert. Der durch die Kündigung für den Unternehmer entstandene Vorteil beschränkt also den Anspruch auf die Vergütung, resp. läßt gar nicht den vollen Anspruch auf die Vergütung zum Entstehen kommen. Wenn nun dem Unternehmer von vornherein gar kein Anspruch auf den „Vorteil" zusteht, so ist es nur logisch, daß einem gar nicht entstandenen Anspruch auch kein Gegenanspruch resp. Leistungsverweigerungsrecht (Einrede) gegenüber stehen kann.[45])

---

[44]) Vgl. Staudinger zu § 649, II, 1, c, β, R. G. i. Seuff. Arch. Bd. 62 Nr. 226.

[45]) Vgl. Oertmann Vort. Ausgl. S. 11 u. 232, Stintzing S. 1, 5 u. ff., Klein a. a. O. S. 754, Simeon I S. 432 u. 273, RG. in Neumann zu § 649. (Geschieht die Anrechnung des ersparten Betrages im Wege der Aufrechnung? vom RG. verneint.)

§ 649 Halbs. 2 BGB. hat also lediglich den Zweck, die Beweislast zu verteilen, und zwar hat hiernach der Besteller die Summe zu beweisen, die der Unternehmer sich anrechnen lassen muß.

Mit dem soeben Ausgeführten erledigt sich auch zugleich die Streitfrage, ob die Vorteilsanrechnung nur von dem beklagten Besteller vorzubringen ist, oder ob auch der klagende Unternehmer dazu berechtigt ist. Wenn das Gesetz dem Unternehmer den Anspruch auf die Vergütung nur in dem beschränkten Umfange gibt, andererseits aber dem Besteller die Beweislast hierzu auferlegt, so ist daraus zu entnehmen, daß sowohl der Besteller, als auch der Unternehmer zur Berücksichtigung der Vorteilsanrechnung berechtigt, resp. sogar verpflichtet ist.[46])

XII. Kapitel.

Eine derartige im Sinne von § 649 S. 2 von Unternehmern für einen gekündigten Werkvertrag aufgestellte Rechnung wird sich nun im allgemeinen stets aus 3 Posten zusammensetzen. Zunächst der Anspruch für den Teil des Werkes, der bereits fertig gestellt wurde. Zweitens die ev. durch nötige Vorarbeiten entstandenen Unkosten — z. B. Behauen der Hölzer, ehe sie in den Bau eingefügt werden können. — Und drittens der Anspruch auf den durch das Nichtausführendürfen des Werkes entgangenen Gewinn. Von diesen 3 Posten müssen die ersten beiden vom Besteller stets ohne weiteres anerkannt werden — vorausgesetzt natürlich, daß sie innerhalb der normalen Grenzen aufgestellt sind — weil diese sich beide als zum Zwecke der Erfüllung des Vertrages bereits gemachte Aufwendungen charakterisieren. Auch der dritte Posten wird im allgemeinen stets begründet sein, da er sich gleichfalls aus § 649 S. 2 BGB. herleitet.

Das Gesetz will durch diese Bestimmung den wirtschaftlich schwächeren Unternehmer schützen, und zwar soll dieser

---

[46]) Vgl. RGE. in Seuff. Arch. Bd. 62 Nr. 226.

durch § 649 S. 2 so gestellt sein, daß er in keiner Weise durch die Kündigung des Bestellers eine unmittelbare pekuniäre Einbuße erleidet. Von diesem Standpunkt aus ist der Anspruch auf den entgangenen Verdienst zweifelsohne gerechtfertigt, da dieser Verdienst ja stets mit inbegriffen ist in den dem Unternehmer aus § 649 S. 2 Halbs. 1 zustehenden Anspruch auf die vereinbarte oder übliche Vergütung oder sogar mit diesem Anspruch identisch sein kann. Auch eine Modifizierung dieses dritten Anspruchs um den Betrag, der von dem Unternehmer evtl. durch den Nichtgebrauch des Rüstzeuges, Handwerkszeuges etc. unbestreitbar erspart wird, darf nach Ansicht des Verfassers nicht stattfinden, und zwar schon aus dem Gesichtspunkt heraus, daß es praktisch wohl kaum möglich sein wird, den genauen Wert der Geräteabnutzung bei der Ausführung eines einzelnen Auftrages zu berechnen. Außerdem wird durch die Beschaffung und Abnutzung des Rüstzeuges etc. gar nicht der Verdienst aus dem jeweiligen einzelnen Werkvertrage unmittelbar geschmälert, sondern die Geräteabnutzung und ihre Neubeschaffung bedeutet vielmehr nur eine Minderung des Gesamtverdienstes, den der Geschäftsbetrieb während der Dauer seines ganzen Bestehens erleidet.[47])

Der eben behandelte Anspruch auf den dritten Posten — d. h. der Anspruch auf den entgangenen Verdienst — ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn der Besteller nachweisen kann, daß der Unternehmer doch zu diesem Verdienst gekommen ist dadurch, daß er seine freigewordene Arbeitskraft einer anderen Sache widmen konnte, oder daß der Unternehmer es „böswillig" unterlassen habe, obwohl ihm Gelegenheit dazu geboten wäre, dies zu tun.

Wenn nun schon der erste Nachweis — der Unternehmer habe den Verdienst anderweitig erhalten — sehr schwer ist,

---

[47]) Ebenso OLG. Stuttgart im Recht 07, Nr. 3488. Die allgemeinen Geschäftsunkosten sind bei der Feststellung der ersparten Aufwendungen nicht zu berücksichtigen.

— der Besteller muß hierbei beweisen, daß der Unternehmer so viele und zwar ebenso günstige Aufträge fortwährend bekomme, daß er sie gar nicht alle erledigen könne, und daß es ihm ferner auch nicht möglich war, zur Erledigung aller dieser Aufträge noch weitere Arbeiter anzunehmen — so ist der Beweis, daß der Unternehmer es „böswillig" unterlassen habe, den Verdienst sich anderweitig zu beschaffen, praktisch fast ganz unmöglich, da der Besteller in diesem Falle außerdem noch beweisen muß, daß der Unternehmer vorsätzlich u n d dazu noch in der ausdrücklichen Absicht, den Besteller zu schädigen, den anderweitigen Verdiensterwerb unterlassen habe.[48])

XIII. Kapitel.

Nach dem soeben Ausgeführten stellt sich also § 649 S. 2 als eine sehr wirksame Schutzvorschrift für den gekündigten Unternehmer dar, jedenfalls unbestreitbar insoweit, als diesem hierdurch eine ganze Reihe von obligatorischen Ansprüchen gegen den Besteller gegeben werden.

Fraglich ist jedoch, ob und weiter, in welchem Umfange er für diese Ansprüche aus einem gekündigten Werkvertrage Eintragung einer Sicherungshypothek von dem Besteller verlangen kann. Um dies entscheiden zu können, müssen wir vor allem auf den Wortlaut des § 648 BGB. zurückgreifen. § 648 gibt dem Unternehmer eines Bauwerkes einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nur für seine Forderungen aus dem V e r t r a g e. Der gekündigte Unternehmer hat den Pfandrechtstitel aus § 648 BGB. also dann für seine Forderungen, wenn diese sich als einen v e r t r a g l i c h e n Anspruch charakterisieren, also nicht etwa einen Schadensersatzanspruch darstellen, der erst infolge der Kündigung zur Entstehung gekommen ist.

Die herrschende Meinung vertritt in dieser Beziehung den Standpunkt, daß durch die Kündigung des Bestellers

---

[48]) Vgl. Planck zu § 324 Anm. 2, desgl. Staudinger zu § 649, II, c, γ, Abs. 2.

nach § 649 S. 1 BGB. trotz des Wortlautes des Satzes 2 desselben § „infolge der Aufhebung des Vertrages“ durchaus nicht das ganze Vertragsverhältnis beseitigt werde, sondern nur die eine Seite des Vertrages, nämlich die Pflicht des Unternehmers zur weiteren Erfüllung, während die Verpflichtung des Bestellers zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung, resp. die darauf zielenden Ansprüche des Unternehmers, durch diese Kündigung vollständig unberührt bleiben.

Gestützt wird diese Ansicht vor allem auf folgende Gründe, die auch als ausschlaggebend zu erachten sind:

1. Der Wortlaut des Gesetzes, das hier von dem Anspruch des Unternehmers auf die „vereinbarte Vergütung“ spricht, während es dem gegenüber beim Verzug des Bestellers im § 642 BGB. dem Unternehmer ausdrücklich den Anspruch auf eine „angemessene Entschädigung“ gibt.
2. Das Wesen des Schadenersatzanspruchs, der im BGB. grundsätzlich gegenüber einem Verschulden des Gegenkontrahenten gegeben ist. Die — wenn auch völlig grundlose — Ausübung des dem Besteller durch § 649 BGB. ausdrücklich zugestandenen Kündigungsrechts kann jedoch nicht als „Verschulden“ aufgefaßt werden, soweit nicht ev. eine solche Handlungsweise nach § 226 BGB. als „Chikane“ aufzufassen ist.
3. Der allgemeine Gesichtspunkt des Zweckes, den § 649 S. 2 verfolgt. Wie schon oben erwähnt, bedeutet § 649 S. 2 BGB. eine Schutzvorschrift für die Unternehmer. Dieser Zweck würde aber vollständig verfehlt sein, würde man den Anspruch des § 649 S. 2 als Entschädigungsanspruch auffassen, da dann den Unternehmern für derartige Forderungen ihre mühsam erkämpfte Sicherung aus § 648 BGB. genommen würde, was zu den unbilligsten Konsequenzen führen würde. Man denke z. B. ein Bauherr kündigt dem Unternehmer, nachdem dieser das im Auftrag gebaute Haus

bis zum Dachgiebel fertig gestellt hat. Der Unternehmer würde hiernach vollständig mit seinen Forderungen in der Luft stehen.

Die Kündigung nach § 649 S. 1 BGB. beseitigt also durchaus nicht das ganze Vertragsverhältnis, sondern bedeutet, um mit Bernhöft zu sprechen, lediglich einen Verzicht des Bestellers auf die Leistung des Unternehmers.[49])

Gegen diese Auffassung wendet sich vor allem Lotmar. Er sagt, Vergütung, Entgelt oder Gegenleistung können nur, wie schon der Name besagt, für etwas tatsächlich Geleistetes verlangt werden, während in den übrigen Fällen, die mit dem Worte „Vergütung" bezeichneten Ansprüche in Wirklichkeit eine Schadensersatzleistung für entgangenen Gewinn etc. darstellten. Jedoch zieht er nun nicht die Konsequenzen seiner Lehre und behandelt diese Ansprüche als Schadensersatzansprüche, sondern kommt zu dem gleichen Resultat wie die erstere Ansicht, indem er behauptet, daß das Gesetz in den Fällen, wo es die Ansprüche, die ihrer eigentlichen Natur nach zwar Ersatzleistungsansprüche wären, mit den Worten „vereinbarte Vergütung etc." bezeichne, diese nur als Entgeltleistung b e h a n d e l t wissen wolle, besonders bezüglich ihrer Sicherstellung durch Pfand und Bürgschaft.[50])

---

[49]) Vgl. Bernhöft in Birkm. Enzykl. § 126 S. 472, der das Kündigungsrecht des Bestellers aus § 649 als einen „Verzicht des Bestellers" bezeichnet, im Gegensatz zu der Kündigung auf Grund von § 650 BGB., die im wahren Sinne des Wortes eine Kündigung sei, da der Besteller in diesem Falle die tatsächlich geleistete Arbeit bezahle und sonst etwaige Auslagen ersetze. Vgl. ebenso Rümelin a. a. O. S. 291, Kisch S. 82 u. 83 Anm. 4, Riezler S. 159, Decker S. 20, Staudinger zu § 649 II, 1, c, α, Oertmann, Vort. Ausgl. S. 37—42, Oertmann, Komm. zu § 649, I, desgl. Motive z. ersten Entwurf Bd. 2 S. 503, nach denen dem Unternehmer ein Anspruch auf die Vergütung v e r b l e i b t. Ferner verneinen sie ausdrücklich die Frage des Schadensersatzanspruches, desgl. ebendort S. 208/9, Walsmann S. 69/70, ebenso Rspr. OLG. Bd. 7 S. 480.

[50]) Vgl. Lotmar, Arbeitsvertrag Bd. I S. 148, 149 und 650. Gleicher Ansicht scheinbar auch Mugdan a. a. O. S. 281, desgl. Endemann Bd. I

Mag man sich nun für die erstere (herrschende) oder zweite (Lotmar) Ansicht erklären — was die praktische Behandlung des Anspruchs betrifft, und darauf kommt es ja immer nur allein an, so stimmen beide überein, nämlich, daß für die Forderung des Unternehmers aus § 649 Satz 2 BGB. auch ferner der Anspruch auf die dringliche Sicherung des § 648 BGB. bestehen bleibt.[50a])

XIV. Kapitel.

Bisher wurde festgestellt, daß an sich kein Hinderungsgrund für den Unternehmer besteht, auch nach der Kündigung noch für seine Forderungen die Einräumung einer Sicherungshypothek zu verlangen. Streitig ist jedoch noch, ob die Sicherungshypothek für die sämtlichen Ansprüche aus dem gekündigten Werkvertrage verlangt werden kann, oder nur in dem Maße, wie der § 648 BGB. dieses Recht im Falle der Nichtvollendung des Bauwerkes zugesteht. Nach § 648 S. 2 kann in einem solchen Falle, d. h. wenn das Werk noch nicht vollendet ist, die Einräumung der Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangt werden, sowie für die in der Vergütung nicht mit inbegriffenen Auslagen. Wie bereits weiter oben ausgeführt wurde, kann dieser Satz aus dem Sinn des ganzen § 648 heraus — das ist die vorzugsweise Haftung des durch die Arbeitsleistung dem Grundstücke erwachsenen Mehrwertes für die Ansprüche des Unternehmers — nur so verstanden werden, daß bei Nichtvollendung des Werkes der Unternehmer nur die Ansprüche aus dem Teil der Arbeit, der für das Grundstück eine unmittelbare Werterhöhung bedeutet, durch eine Sicherungshypothek schützen kann, jedoch nicht die Ansprüche für die Arbeit an noch gar nicht eingefügtem Material, und für

---

[50a]) Vgl. dazu Planck zu § 649: „Die für diese Verpflichtung — Vergütung — bestellten Pfandrechte und Bürgschaften etc. bleiben bestehen."

dieses Material selbst, geschweige denn für den erst weiter noch entstehenden Verdienst.[51])

Nach dem soeben Erörterten muß der Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek für solche Ansprüche, die dem Unternehmer auf Grund bereits gemachter Vorarbeiten und ferner auf den entgangenen Verdienst zustehen, verneint werden, wenn § 648 S. 2 BGB. auch die Tatbestände mit umfaßt, in denen das Werk infolge des vom Besteller auf Grund von § 649 S. 1 BGB. ausgeübten Kündigungsrechtes unvollendet bleibt.

Gegen eine solche Annahme spricht jedoch die ganze Art und Weise, wie das Gesetz die Ansprüche aus dem gekündigten Vertrage geregelt hat. Das Gesetz läßt dem Unternehmer den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, und zwar ist dieser Anspruch, wie wir schon Seite 29 ff. gezeigt haben, ein Anspruch aus dem „Vertrage". Dadurch, daß das Gesetz dem Unternehmer auch nach der Kündigung den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, wenn auch unter Anrechnung der ersparten Aufwendungen, gibt, bezeugt es, daß es den Vertrag, so weit er die Ansprüche des Unternehmers betrifft, so behandelt wissen will, als wäre der Vertrag ordnungsmäßig erfüllt.

Denselben Gedanken spricht auch das RG. aus, indem es sagt: „Die Motive zum ersten Entwurf, Band 2, Seite 208/9 und Seite 503 lassen, wenn es gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes noch eines weiteren Beweises bedürfte, darüber keinen Zweifel, daß es in beiden Fällen — das heißt in den Fällen des § 324 und § 649 BGB. — so angesehen werden solle, als habe der Schuldner erfüllt, und daß dieser dadurch als vollständig entschädigt gelten soll, daß ihm der Anspruch auf die Gegenleistung verbleibt." [52])

---

[51]) Vgl. RGE. Bd. 58 S. 301 ff., desgl. Protokolle der zweiten Lesung Bd. 2 S. 326, Biberfeld S. 58/59.

[52]) Vgl. RGE. in Seuff. Arch. Bd. 62 Nr. 226, desgl. die herrschende Meinung, vgl. Rümelin, Kisch, Staudinger, Riezler, Decker, Oertmann u. s. w.

Das Gesetz fingiert also in dieser Beziehung gewissermaßen die normale Erfüllung des Vertrages durch den Unternehmer. Es wäre nun unlogisch, wenn man sagen wollte, der Vertrag gelte nur insoweit als vollendet, soweit der Anspruch des Unternehmers auf die Vergütung in Betracht komme; was jedoch die Bestellung einer Sicherungshypothek für diesen Anspruch betrifft, so solle der Vertrag in dieser Beziehung nur soweit als vollendet behandelt werden, als er tatsächlich vollendet sei. Dem Anspruch auf die Vergütung accessorisch ist der Anspruch auf seine dingliche Sicherung. Es liegt gar kein Anlaß vor zu der eben geschilderten unlogischen Trennung und verschiedenen Behandlung dieser beiden Ansprüche.

§ 648 S. 2 BGB. erfaßt vielmehr nur solche Tatbestände, in denen der Unternehmer schon vor Vollendung des Bauwerkes — sei es aus Mißtrauen gegen die Zahlungsfähigkeit des Bauherrn oder sonst aus irgend welchem Grunde — den Anspruch auf Einräumung der Sicherungshypothek geltend macht, also Verträge, deren Erfüllung dem Unternehmer noch möglich ist, und die infolgedessen weder als vollendet gelten, noch es tatsächlich sind.

Für diese Auffassung spricht übrigens auch der Wortlaut des Gesetzes „ist das Werk n o c h nicht vollendet." Aus dem Worte „noch" geht hervor, daß das Gesetz tatsächlich vor allem den soeben geschilderten Fall ins Auge faßt, da wohl kaum solche Werke, die — jedenfalls nicht von dem U r unternehmer — gar nicht mehr erfüllt werden können, als „noch" nicht vollendete Werke bezeichnet zu werden pflegen.

§ 648 Satz 2 BGB. umfaßt also alle die Fälle, in denen der vorleistungspflichtige Unternehmer, ehe er diese Pflicht vollständig erfüllt hat — obgleich er dazu sehr wohl noch imstande ist — seinen Anspruch auf die Sicherungshypothek geltend macht. In solchen Fällen also ist der Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek nur in dem Maße ge-

geben, als der Unternehmer seine Vorleistungspflicht tatsächlich schon erfüllt hat.

Dem gleichzustellen sind noch die Ansprüche aus den Verträgen, die zwar ebenso wie im vorliegenden Falle nicht mehr vom Unternehmer erfüllt werden können, bei denen aber das Gesetz selbst von vornherein die Ansprüche auf einen verhältnismäßigen Teil der Vergütung und den Ersatz der bereits gemachten Aufwendungen beschränkt. Vergleiche die Ansprüche aus den § 645 und 650 BGB.[53])

Im Gegensatz zu den noch laufenden Werkverträgen beschränkt sich der Anspruch nach der Kündigung nicht auf die in § 648 S. 2 gezogene Grenze, d. h. auf einen dem Wertzuwachs entsprechenden Teil der Vergütung, sondern auf die Gesamtheit aller im Moment der Kündigung b e stehenden und e n t stehenden Ansprüche.

Was nun die Vormerkung betreffs Sicherung des Ranges des einzutragenden Rechts betrifft, so liegt dieser Fall nach der Kündigung sehr einfach. Wenn noch keine Vormerkung in der Höhe der ganzen Vergütung bereits eingetragen war, so kann im Moment der Kündigung ohne weiteres die Vormerkung auch in der Höhe der Forderung eingetragen werden, in welcher der Unternehmer die definitive Eintragung der Sicherungshypothek verlangen kann, d. h. also im vollen Umfange der bestehenden Ansprüche.

Besteht bereits eine Vormerkung für die ganze Vergütung, so schadet dies auch weiter nichts, auch wenn die definitive Eintragung in gleicher Höhe erfolgt, da ja nach § 1184 Abs. 1 BGB. der gute Glaube des Grundbuchs sich nicht auf die Forderung erstreckt, und der Unternehmer bei der Geltendmachung derselben ihr Bestehen doch noch einmal beweisen muß, wobei sich dieselbe dann im Sinne des § 649 S. 2 BGB. modifizieren wird.

---

[53]) Vgl. dagegen Kretzschmar a. a. O. S. 615, anderer Ansicht scheinbar auch Staudinger zu § 649 II, 1 b.

XV. Kapitel.

Zum Schluß sei noch kurz erörtert, in welchem Verhältnis § 866 Abs. 3 ZPO. zu dem § 648 BGB. steht, resp. ob die Bestimmung des § 866 Abs. 3 ZPO. auch auf die Werkmeisterhypothek des § 648 BGB. Anwendung findet.

Nach § 866 Abs. 3 ZPO. darf nur für solche Forderungen, deren Betrag 300 Mark übersteigt, eine Sicherungshypothek eingetragen werden, wenn diese Eintragung auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen soll.

Die Voraussetzungen des § 866 ZPO. sind demnach ganz andere als die des § 648 BGB. Die Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 866 ZPO. stützt sich auf einen Vollstreckungstitel, also auf ein rein formelles Moment ohne unmittelbare Rücksichtnahme auf das Bestehen einer Forderung, läßt also die materielle Seite vollständig außer Betracht. Eine derartige Sicherungshypothek steht und fällt mit dem Titel, auf Grund dessen sie eingetragen war — vgl. § 868 ZPO., — während die materiellrechtliche Begründetheit der Forderung vollständig bedeutungslos für die Eintragung ist.

Bei der Bauhandwerker-Hypothek fußt demgegenüber der Anspruch auf Einräumung der Sicherungshypothek grade auf „materiellem Recht", hat also mit der sich auf „formelle" Voraussetzungen stützenden Sicherungshypothek der Zwangsvollstreckung nicht das geringste zu tun. Es wäre widersinnig, die Beschränkung des § 866 Absatz 3 ZPO., die offenbar nur für Sicherungshypotheken, die im Wege der Zwangsvollstreckung entstehen, gegeben ist, auch auf solche Sicherungshypotheken auszudehnen, die ihr Entstehen einer materiell-rechtlichen Vorschrift verdanken.

In § 648 BGB. ist keine Mindestgrenze für die Bauhandwerkerhypothek festgelegt. Damit ist mit anderen Worten auch gesagt, daß für derartige Hypotheken auch keine Mindestgrenze existieren soll, wie dies auch dem Zweck des gan-

zen § 648 BGB. — nämlich die dingliche Sicherung gerade der Forderungen der kleinen Leute (Bauhandwerker), die wohl meistens auch nur kleine Beträge darstellen — durchaus entspricht.[54])

Eine andere Begründung, jedoch das gleiche Resultat bringt eine Entscheidung eines Oberlandesgerichts, die die Anwendbarkeit des § 866 Abs. 3 ZPO. auf die Bauhandwerkerhypothek des § 648 BGB. aus dem Grunde verwirft, weil § 866 ZPO. nur für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück wegen Geldforderungen Geltung habe. Demgegenüber stelle sich die Durchführung des Anspruchs aus § 648 BGB. als eine Zwangsvollstreckung auf eine Individualleistung dar, für die der dritte Abschnitt des achten Buches der ZPO. in Anwendung gebracht werden müssen.[55])

II. Abschnitt.

Der Schutz der Baugläubiger nach dem ersten Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen.

XVI. Kapitel.

Die bisher erörterten Gesetzesbestimmungen bildeten bis Juni 1909 die einzigen dinglichen Schutzvorschriften für die Bauunternehmer und Bauhandwerker. Wie bereits in der Einleitung ausgeführt wurde, ist inzwischen am 1. Juli 1909 ein weiteres RG. erlassen worden, das gleichfalls die Sicherung von Bauforderungen, wenn auch für eine anders umgrenzte Interessentengruppe, bezweckt.

---

[54]) Vgl. im übrigen Gaupp-Stein zu § 866, desgl. Seuffert zu § 866, 3, c, Korn zu § 866 Anm. 2, Heilfron ZPO. II S. 381 Anm. 6, desgl. Heilfron, Lehrbuch 2 S. 658, Biberfeld S. 67 u. 85, Rspr. OLG. Bd. I S. 205, Kleinschmidt a. a. O. S. 117, Oberneck S. 459. Anderer Ansicht OLG. Stuttgart im Recht 07 Nr. 867.

[55]) Vgl. OLG. Bd. 2 S. 221 ff.

Die Schwierigkeit bei der Schaffung dieses Gesetzes lag vor allem darin, den Baugläubigern eine entsprechende dingliche Sicherheit und Vorzugstellung zu geben, ohne dabei das System unseres Grundbuchs und Zivilrechts zu gefährden, da es gerade bei diesem Gesetz sehr leicht geschehen konnte, daß der Realkredit stark erschüttert wurde, mit dessen Hilfe allein der betreffende Grundstückseigentümer die zur Bebauung und zum Ankauf des Grundstücks erforderlichen Gelder beschaffen kann, da gerade in der jetzigen Zeit wohl kaum noch Bauten und vor allen Dingen größere Bauten mit durchweg eigenem Kapital aufgeführt zu werden pflegen.

Das Gesetz hat versucht, seiner Aufgabe dadurch gerecht zu werden, daß es in seinem zweiten Teil eine ganz neue Einrichtung schuf, nämlich den sogenannten „Bauvermerk", mit dessen Hilfe der Baugläubiger sich ohne weiteres sofort nach Vertragsabschluss einen relativ günstigen Platz für eine künftige Sicherungshypothek auf Grund seiner während des Bauens entstehenden Forderungen sichern kann. Jedoch interessiert uns dies hier erst in zweiter Linie, da, wie Verfasser bereits in seiner Vorbemerkung ausführte, hier nur der erste Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909 mit berücksichtigt werden soll.

Das Gesetz vom 1. Juni 1909 zerfällt, wie wir soeben bereits andeuteten, in zwei Teile, von denen der erste — §§ 1—8 — sofort im ganzen Reich, d. h. vierzehn Tage nach seiner Publikation im Reichsgesetzblatt (vgl. Art. 2 RV.), die am 7. Juni 1909 erfolgte, in Kraft getreten ist, während der zweite Teil des Gesetzes — §§ 9 bis 67 — jeweils in den einzelnen Gemeinden durch besondere landesherrliche Verordnung in Kraft gesetzt werden muß, was aber, wie bereits oben erwähnt, bisher noch nirgends geschehen ist.

XVII. Kapitel.

Was nun die einzelnen Bestimmungen des ersten Teils des Bauforderungsschutzgesetzes betrifft, so ist die

wichtigste darunter in § 1 des Ges. enthalten. Durch die Bestimmung des § 1 soll verhütet werden, daß Gelder, die der Bauherr erst mit Hilfe des Realkredits des zu bebauenden Grundstückes sich verschafft hat, mit dem Vorgeben, das betr. Grundstück bebauen zu wollen — oder solche Gelder, die der sich durch Vorbehalt des Eigentums sichernde Grundstückseigentümer einem Bauunternehmer für den Bau vorstreckt, diesem Zwecke — d. h. der Bezahlung der laufenden Baurechnungen — entzogen werden und von gewissenlosen Bauunternehmern anderweitig verbraucht werden. Auf ein derartiges vorsätzlich gewissenloses Verhalten setzt der § 5 des Gesetzes hohe Gefängnis- und Geldstrafen, wenn der Baugeldempfänger seine Zahlungen später einstellt, oder der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, und wenn die Baugläubiger hierdurch benachteiligt werden.

Diese Strafe trifft jeden Empfänger von Baugeld. Es kommt hierbei also nicht etwa der Eigentümer des Grundstücks schlechthin in Betracht, sondern, wie wir soeben bereits ausführten, auch jeder Unternehmer, der mit Zustimmung des Grundstückseigentümers den Bau selbständig ausführt und Baugeld erhalten hat, desgleichen natürlich auch der Erbbauberechtigte.[56])

Besonders wirksam ist diese Schutzvorschrift dadurch, daß das Anwendungsgebiet dieses § ein viel allgemeineres und größeres ist, als der übrigen Schutzbestimmungen des Gesetzes vom 1. Juni 1909. Während nämlich das Gesetz sonst stets bei den einzelnen Schutzbestimmungen angibt, in welchem Falle sie zur Anwendung gelangen, z. B. die Buchführungspflicht nach §§ 2 und 3 bei Neubauten und Umbauten, die Anschlagspflicht nach § 4 nur bei Neubauten — enthält § 1 nichts derartiges. Nach § 1 ist verpflichtet „der Empfänger von Baugeld", das heißt, da nicht weiter hinzugefügt ist, ob bei Neubauten usw., „jeder" Empfänger

---

[56]) Vgl. Harnier zu § 1.

von Baugeld, gleichgültig, ob es sich um eine bloße Reparatur oder um einen Neubau oder sonst welchen Bau handelt. Ja es ist noch nicht einmal erforderlich zur Anwendung von § 1, daß der Bau eines Gebäudes aufgeführt wird, sondern auch jedes andere Bauwerk fällt in den Anwendungskreis von § 1, wenn nur das erhaltene Geld wirkliches „Baugeld" im Sinne des § 1 ist, d. h. wenn nur

1. das Grundstück für das Geld dinglich haftet — in welcher Weise ist gleichgültig — und
2. wenn nur das Geld mit der Zweckbestimmung geliehen wurde, die Bauforderungen damit zu tilgen.[57])

Gleichgültig dabei ist ferner, ob das Geld wirklich als „Baugeld" bezeichnet war, wenn nur die beiden obigen Grundbedingungen erfüllt sind.

Ob noch evtl. andere Voraussetzungen zum Vorliegen eines Baugeldvertrages erforderlich sind, wird noch weiter unten zu prüfen sein.

Fehlt jedenfalls die zu 2. angegebene ausdrückliche Zweckbestimmung des Geldes beim Abschluß des Vertrages, so würde an sich kein Baugeldvertrag vorliegen. Jedoch stellt das Gesetz hier in dem letzten Satz von § 1 Abs. 3 die Vermutung auf, daß solche Gelder, für die eine Hypothek bestellt werde, die als Baugeldhypothek bezeichnet sei, sowie solche hypothekarisch gesicherten Gelder, deren Auszahlung nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues erfolgen würde, als „Baugelder" zu gelten hätten. Die Konsequenz davon ist, daß der Baugeldempfänger in solchen Fällen nachweisen müßte, daß trotzdem kein Baugeld im Sinne von § 1 des Gesetzes gewährt war.[58])

---

[57]) Gleicher Ansicht Stier-Somlo S. 36, Mügel a. a. O. S. 4. Anderer Ansicht scheinbar Hagelberg zu § 1.

[58]) Anderer Ansicht Jakobi S. 23, der behauptet, daß „bei ratenweiser Geldgewährung sowie bei der Bezeichnung als Baugeldhypothek stets ein Baugeldvertrag vorliege." Jedoch dürfte diese Ansicht dem klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber wohl schwerlich zu halten sein. Gleicher Ansicht wie Verf. auch Mügel a. a. O. S. 7.

Liegen jedoch die beiden obigen Voraussetzungen bei der Geldhingabe vor, so liegt unter allen Umständen ein Baugeldvertrag vor, auch wenn die Parteien womöglich ausdrücklich bestimmen sollten, daß das hingegebene Geld kein Baugeld sein solle. Die Vorschrift des § 1 ist also unbedingt zwingendes Recht und jeder Parteidisposition entzogen.[59])

XVIII. Kapitel.

Zu beachten ist bei der Gewährung von Baugeld, daß auch wirkliches Geld — sei es in Papier oder Münze — gewährt wird. Zulässig dürfte die Geldgewährung auch durch Abtretung einer Forderung etc. sein. Voraussetzung ist jedoch immer, daß auf irgend eine Weise auf Grund des Baugeldvertrages wirkliches Geld an den Baugeldgläubiger ausgezahlt wird. Auf keinen Fall liegt also ein Baugeldvertrag vor, wenn z. B. das Geld durch Aufrechnung gewährt werden soll, oder auch in Form von Warenlieferungen und dergleichen.[60])

Auch über den Zeitpunkt, bis zu welchem im Verlaufe der jeweiligen Bauten Baugeldverträge abgeschlossen werden können, gibt die Baugelddefinition in § 1 Abs. 3 Anhaltspunkte, indem er davon spricht, daß zur Sicherung der Forderung eine dingliche Belastung des zu bebauenden Grundstücks erfolgen müsse. Hieraus geht hervor, daß Darlehen, für die eine Hypothek bestellt wird, und die dazu dienen sollen, Baugläubiger zu befriedigen, trotzdem nicht als Baugelder aufzufassen sind, wenn sie erst nach Fertigstellung des Gebäudes aufgenommen werden. Zum Baugeldvertrag kommt also als weitere Voraussetzung, daß er abgeschlossen wird, so lange der Bau noch nicht vollendet ist.[61])

Ferner haben wir bisher immer davon gesprochen, daß das Baugeld in Form eines Darlehens gewährt wird. Ist

[59]) Vgl. Hagelberg S. 29, Harnier S. 31.
[60]) Vgl. Hagelberg S. 23, Jakobi S. 22, Mügel a. a. O. S. 5.
[61]) Gleicher Ansicht Mügel a. a. O. S. 6.

diese Darlehnsform nun wirklich erforderlich, damit B a u g e l d im Sinne von § 1 des Gesetzes vorliegt?

Das Gesetz selbst bestimmt nichts ausdrücklich über diese Frage. Jedoch aus der ganzen Art und Weise, wie das Gesetz das Baugeldwesen geregelt hat, ist zu entnehmen, daß die Darlehenseigenschaft des Baugeldes als etwas ganz Selbstverständliches vorausgesetzt wird. Schon aus dem Umstande, daß für das gewährte Baugeld eine dingliche Sicherheit bestellt werden muß, geht hervor, daß das Gesetz an ein Darlehen denkt, das später zurückgegeben werden soll. Es wäre widersinnig, eine derartige dingliche Sicherheit für eine schenkungsweise gegebene Geldsumme bestellen zu wollen. Zum E n t s t e h e n der Baugeldeigenschaft ist also die darlehnsweise Gewährung des Geldes eine weitere Voraussetzung.[62]) Daß das Darlehen auch wirklich zurückgezahlt wird, ist dagegen nicht nötig. Es ist also sehr wohl möglich, ohne daß an der Baugeldeigenschaft sich etwas ändert, daß die Darlehnsschuld später erlassen wird, oder durch „confusio" oder sonst wie erlischt.

XIX. Kapitel.

Was den Geltungsumfang des § 1, wie überhaupt des ganzen Reichsgesetzes v. 1. 6. 09 betrifft, so ist dieser dem § 648 BGB. gegenüber, der nur die sogenannten Werkmeister schützt, bedeutend erweitert. Das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 schützt in gleicher Weise alle Personen, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind. Was die Baulieferanten betrifft, so ist es wohl richtig, den Schutz des Gesetzes nur auf solche Lieferanten zu erstrecken, deren gelieferte Materialien durch den Bau w e s e n t l i c h e Bestandteile desselben werden. Nicht geschützt sind also vor allem die Lieferanten von Zubehörstücken, da diese ja hieran ein Zu-

[62]) Gleicher Ansicht Mügel a. a. O. S. 31, Hagelberg zu § 1. Anderer Ansicht Jakobi S. 22.

rückbehaltungsrecht haben und außerdem noch die Zwangsvollstreckung nicht gegen das Grundstück zu richten brauchen, sondern auch in die beweglichen Sachen richten können.[63])

Voraussetzung muß jedoch auch hier sein, daß die betreffenden Arbeiten oder Lieferungen unmittelbar zu der Herstellung des Baues beitragen. Nicht geschützt bleiben demnach vor allem die Architekten, die durch ihre Zeichnungen etc. den Bau nur vorbereiten helfen.[64])

Gleichgiltig ist hierbei, ob die Forderungen aus einem Vertrage entstanden sind, der unmittelbar mit dem Bauherrn, oder erst mit irgend welchen Mittelspersonen abgeschlossen wurde. Das Prinzip der Unmittelbarkeit des § 648 BGB. ist also im § 1 des BFS.-Gesetzes fallen gelassen.[65])

Für den Fall, daß der Baugeldempfänger selbst an der Ausführung des Baues mitwirkt, ist zugunsten der Baugläubiger im § 1 Abs. 2 weiter bestimmt worden, daß in derartigen Fällen der Baugeldempfänger seine eigene Arbeit, seine in den Bau gemachte Leistung, wie auch seine Auslagen nur in der Hälfte ihres Wertes oder ihrer Höhe von dem Baugeld abziehen kann. Grundbedingung ist hierbei selbstverständlich immer, daß der betreffende Bauherr das fragliche Geld auch wirklich als „Baugeld" in dem oben besprochenen Sinne erhalten hat, nicht also etwa als Vergütung oder in sonst einer Form, die es als „Entgelt" für seine Tätigkeit erscheinen lassen könnte.

Nur wenn alle die bisher erörterten Voraussetzungen vorliegen, macht sich der betreffende Geldempfänger im Falle des Verstoßes gegen § 1 strafbar und verwirkt die im § 5 des Gesetzes angegebene Strafe.[66])

---

[63]) Vgl. Jakobi S. 60, Friedländer a. a. O. S. 286.

[64]) Anderer Ansicht Hagelberg zu § 1, Jakobi S. 62, Friedländer a. a. O. S. 286.

[65]) Vgl. Harnier zu § 2 Anm. 2, Jacobi S. 59 ff., Mügel a. a. O. S. 14, Friedländer a. a. O. S. 286.

[66]) Vgl. Hagelberg S. 28.

Nach dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 Satz 1 ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, dieses Geld zur Befriedigung der Baugläubiger zu verwenden. Aus diesem Wortlaut sind nun Zweifel entstanden, welcher Art wohl die Pflicht des Baugeldempfängers den Baugläubigern gegenüber ist, ob eine privatrechtliche oder öffentlichrechtliche.

Würde man das erstere annehmen, so würde man damit den einzelnen Baugläubigern auch einen unmittelbaren Anspruch auf Begleichung ihrer jeweiligen Forderungen gegen den betreffenden Baugeldempfänger zugestehen müssen. Einer derartigen Folgerung widerspricht aber klar und deutlich der Wortlaut und Sinn des § 1. Nach § 1 Abs. 1 ist der Baugeldempfänger nur verpflichtet, das Baugeld überhaupt zur Befriedigung von Baugläubigern zu verwenden. Wen er im einzelnen von diesen mit dem Baugelde befriedigen will, ist ihm vollständig anheim gestellt. Die Hauptsache ist, daß das Baugeld überhaupt seinem Zweck entsprechend verwendet wird. Diese Erwägung, daß der Baugeldempfänger durchaus nicht durch das Gesetz verpflichtet ist, irgend einen einzelnen bestimmten Baugläubiger, sei es auch nur verhältnismäßig, zu befriedigen, tritt auch der Möglichkeit entgegen, die sämtlichen Baugläubiger als eine Art Gemeinschaft aufzufassen, und diese Gemeinschaft als Vertragskontrahenten des Baugeldempfängers zu bezeichnen. Diese Gläubigergemeinschaft würde nur auf gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger klagen können, und das ist ja nach dem soeben Augeführten nicht möglich.[67])

Demgegenüber ist vielmehr anzunehmen, daß die Bestimmungen des § 1 im öffentlichen Interesse zugunsten eines ganzen Standes — nicht also der jeweiligen einzelnen Mitglieder dieses Standes — erlassen sind.

Die Verletzung dieser Pflicht der Baugeldverwendung ist demgemäß auch mit einer öffentlichen Strafe — vgl.

[67]) Vgl. Hagelberg S. 19 f., Mügel S. 19.

§ 5 — bedroht, was gleichfalls den öffentlichrechtlichen Charakter der Pflicht deutlich zeigt.[68])

Nicht zu verwechseln mit dieser öffentlichrechtlichen Pflicht, die dem Baugeldempfänger das Gesetz auferlegt, ist die Frage, ob nicht eventuell auch noch aus dem abgeschlossenen Baugeldvertrage die gleiche, aber privatrechtliche Verpflichtung zur entsprechenden Verwendung des Baugeldes für den Baugeldempfänger entstanden ist. Diese Frage dürfte zu bejahen sein. Mit dem Abschluß des Baugeldvertrages entsteht ein sogenanntes Zweckdarlehen, d. h. das Darlehen ist für den Empfänger mit der Auflage verbunden, es dem Vertrage gemäß, also zur Begleichung von Baurechnungen, zu verwenden. Dinglich gesichert werden kann zwar diese Pflicht nicht, wohl aber kann der Geldgeber auf Erfüllung des Vertrages klagen, da die entsprechende Verwendung des Darlehens zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Baugeldvertrages mit gehört. Soweit das versprochene Baugeld noch nicht vollständig gezahlt ist — wie z. B. bei ratenweiser Hingabe des Geldes — kann der Geldgeber ev. ein Zurückbehaltungsrecht in bezug auf den Rest nach § 273 BGB. ausüben.[69])

Dieses Zurückbehaltungsrecht der weiteren Raten wird von Mügel insoweit verneint, als im Grundbuche offensichtlich gemacht ist, daß ein „Baugeldvertrag" mit dem Bauherrn abgeschlossen wurde, und zwar der Baugläubiger wegen, die sich auf die Eintragung verlassend dem Bauherrn Kredit gewährt haben. Diese Rücksicht auf die Baugläubiger dürfte jedoch zu weit gehen und kann auch nicht im Sinne des § 1 liegen. Abgesehen davon würde eine derartige Annahme für den Baugläubiger im allgemeinen noch nicht einmal von Vorteil sein, da die Vermutung besteht, daß derjenige, der die bisherigen Baugeldraten vertragswidrig gebraucht und den Baugläubigern entzogen hat, dies auch mit

---

[68]) Vgl. Hagelberg S. 21.
[69]) Vgl. Hagelberg S. 25, Jacobi S. 24.

den weiteren Baugeldraten tun wird und so das Grundstück immer mehr belasten und die Sicherheit für die Baugläubiger noch weiter vermindern wird, ohne daß diese hierfür durch Begleichung eines Teiles ihrer Forderung ein Äquivalent hätten. Der Schaden würde also auf diese Weise nur noch größer für die Baugläubiger sein, als wenn der Baugeldgeber die weitern Raten zurückbehalten hätte, und das Grundstück dadurch wenigstens lastenfreier geblieben wäre.[70])

Im übrigen muß jedoch Mügel insoweit zugestimmt werden, als er sagt, daß der Inhalt des Baugeldvertrages — d. h. seine Zweckbestimmung — nicht mehr geändert werden darf, soweit das Baugeld bereits an den Empfänger gezahlt ist. Den weiteren Bedenken, die Mügel gegen eine Änderung des Baugeldvertrages vor Auszahlung des Baugeldes hegt, nämlich insoweit als der Baugeldvertrag auf irgend eine Weise im Grundbuch offensichtlich gemacht ist, dürfte dagegen nicht beizupflichten sein. Es ist nicht ersichtlich, weshalb den Vertragschließenden durch § 1 des Gesetzes das Recht genommen werden soll, jederzeit den Vertrag wieder abzuändern, soweit er nicht schon erfüllt ist, ferner, weshalb dem Geldgeber das Recht genommen werden soll, den Vertrag anzufechten, ein Rücktrittsrecht auszuüben u. s. w.?[71])

Allerdings müßte die Abänderung eines Baugeldvertrages, der im Grundbuch als solcher gekennzeichnet ist, gleichfalls unter Abänderung des Grundbuchinhaltes erfolgen.[72])

XXI. Kapitel.

Eine sehr lebhaft umstrittene Frage, die außerdem noch von großer praktischer Bedeutung ist, ist die, ob Baugelder, resp. der Anspruch auf die Herausgabe des Baugeldes gegen den Baugeldgeber pfändbar sind. Das Gesetz vom 1. Juni

---

[70]) Vgl. Mügel a. a. O. S. 16.

[71]) Vgl. dazu Breit a. a. O. S. 352.

[72]) Vgl. Mügel S. 17, 18.

1909 hat auch diese Frage nicht positiv geregelt, so daß wir bei der Beantwortung derselben lediglich auf die Bestimmungen der ZPO. und des BGB. angewiesen sind.

Wir haben hierbei zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Es wird Baugeld gepfändet, das bereits in den Händen des Baugeldempfängers sich befindet. Die Pfändung erfolgt hierbei nach § 808 ff. ZPO. durch Wegnahme des gepfändeten Geldes.

Die Wegnahme des gepfändeten Geldes ist ohne weiters zulässig, da es nicht unter § 811 ZBO. mitfällt. Wohl aber könnte nach § 815 Abs. 2 Satz 1 ZPO. eingewendet werden, daß die Baugeldeigenschaft des gepfändeten Geldes ein die Veräußerung hinderndes Recht sei, und daß der fragliche Geldbetrag infolgedessen vom Gerichtsvollzieher bei Glaubhaftmachung dieser Eigenschaft des Geldes hinterlegt werden müsse. Es käme also darauf an, festzustellen, was unter einem „die Veräußerung hinderndem Recht" zu verstehen ist. Ohne Zweifel ist ein solches Recht ein Eigentumsrecht, auf alle Fälle aber muß das Recht ein dinglich wirkendes sein. Nicht hinreichend dürfte dagegen, wie im vorliegenden Falle, eine einfache obligatorische Auflage zu dem Gelde sein. Auch die öffentlichrechtliche Pflicht nach § 1, mit dem Gelde in bestimmter Weise zu verfahren, dürfte nicht ausreichend sein, da diese Pflicht nicht bestimmten Personen gegenüber besteht, die also das die Veräußerung hindernde Recht geltend machen könnten, sondern nur einseitig auf dem Baugeldempfänger lastet.

So bedauerlich diese „Lücke" im Gesetz — wie man es wohl bezeichnen kann — sein mag, so ist es doch nicht möglich, in diesem Falle ohne eine besondere gesetzliche Ausnahmebestimmung, die aber nicht vorhanden ist, von den Grundsätzen der ZPO. abzuweichen.[73])

2. Als zweiter Fall ist denkbar, daß der Baugeldempfänger noch nichts oder nur einen Teil der Baugelder erhalten

[73]) Gleicher Ansicht Breit a. a. O. S. 352; desgl. Jacobi S. 27.

hat, und daß nun der Anspruch auf die Zahlung des Baugeldes nach § 828 ff. ZPO. gepfändet wird. In diesem Fall könnte ev. § 851 ZPO. durchgreifen, der sagt, daß eine Forderung nur insoweit der Pfändung unterworfen wäre, als sie übertragbar sei. Nach § 399 BGB. ist aber eine Forderung nur insoweit übertragbar, als dies ohne Veränderung ihres Inhalts geschehen kann, und das wäre ja bei dem Anspruch auf Auszahlung des Baugeldes zweifellos der Fall. Demgegenüber schränkt jedoch Absatz 2 des § 851 ZPO. die Regel wieder insofern ein, als er eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung dann für pfändbar erklärt, wenn der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen sei.[74])

Dieselbe Schlußfolgerung ziehen auch Budde[75]) und Kiefe[76]). Jedoch behaupten diese nun weiter, daß das gepfändete Baugeld auch in den Händen der Baugläubiger „Baugeld" bliebe, daß also der Pfandgläubiger mit der vollzogenen Pfändung auch ein „Empfänger von Baugeld" im Sinne von § 1 des Gesetzes geworden sei, und daß demgemäß nun auch ihn nach § 1 die Verpflichtung treffe, das „Baugeld" nach Maßgabe dieses § zur Befriedigung von Baugläubigern zu verwenden.

Die Konsequenz davon wäre die, daß er, falls er selbst Baugläubiger sein sollte, für seine Forderung den halben Preis zurückbehalten darf (vgl. § 1 Abs. 2), während er mit dem Überschuß die anderen Baugläubiger befriedigen müßte. Ist er dagegen kein Baugläubiger, sondern nur ein sonstiger persönlicher Gläubiger des ursprünglichen Baugeldempfängers, so darf er gar nichts von dem Gelde zurückbehalten, sondern er muß die ganze Summe den Baugläubigern des Ge-

---

[74]) Anderer Ansicht Breit a. a. O. S. 253, der Bedenken trägt, diese letzte Folgerung zu ziehen.

[75]) Vgl. Budde, Bankarchiv Bd. 7 S. 246 f.

[76]) Kiefe in Jur. Wochenschrift Nr. 13 S. 282 ff.

pfändeten zukommen lassen, falls er sich nicht nach § 5 des Gesetzes strafbar machen will.[77])

Es dürfte klar sein, daß diese Konsequenzen nicht im Sinne des Gesetzes vom 1. Juni 1909 liegen. Aus dem Sinn und Wortlaut des § 1 Abs. 1 geht vielmehr hervor, daß unter „Empfängern von Baugeld" nur solche Personen zu verstehen sind, die selbst den Baugeldvertrag zwecks Aufführung eines Baues abgeschlossen haben. Kommt derartiges Baugeld in die Hände anderer Personen als des vertragschließenden Bauherrn, so ist es eben kein Baugeld mehr, sondern nur gewöhnliches Geld, das jede Zweckbestimmung verloren hat.[78])

XXII. Kapitel.

Schließlich ist in bezug auf § 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1909 die Frage noch aufgeworfen worden, ob dieser § in Verbindung mit § 5 des Gesetzes eine Schutzbestimmung im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. darstellt, deren Übertretung außer der öffentlichen Strafe auch noch nach Maßgabe von § 823 BGB. einen Schadensersatzanspruch zugunsten der Verletzten zur Entstehung kommen läßt.

Was ist nun ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 BGB.? Jedenfalls ist nicht erforderlich, daß das in Frage kommende Gesetz die P e r s o n eines anderen schützt. Vielmehr muß als Schutzgesetz im Sinne des § 823 BGB. auch jedes andere Gesetz aufgefaßt werden, das die Eigentumsrechte oder sonstige Rechte einer anderen Person schützt.[79])

Gleichgültig dabei ist, ob dieser Verstoß gegen das Schutzgesetz durch positives Handeln erfolgt, oder — was dem voll-

---

[77]) Dieselbe Auffassung wie Budde und Kiefe teilt auch Jacobi S. 26, der die Pfändung von Baugeld nach § 851 Abs. 2 ZPO. für prozessual gültig, jedoch praktisch für wertlos hält, da sie nach § 399 BGB. materiell ungültig sei; ebenso bis auf geringfügige Abweichungen auch Mügel a. a. O. S. 23—27.

[78]) Gleicher Ansicht Breit a. a. O. S. 353 und S. 403.

[79]) Vgl. Neumann zu § 823, c, I.

ständig gleich steht — durch Unterlassen eines Tuns, wo eine Pflicht zum Handeln vorliegt.[80]) Unbedingte Voraussetzung, um einem Gesetz den Charakter eines Schutzgesetzes zu geben, ist nur, daß das betreffende Gesetz „jus cogens" ist und im öffentlichen Interesse erlassen ist.[81])

Von diesem Gesichtspunkt aus dürfte der § 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1909 unbedingt als ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. aufzufassen sein, und seine vorsätzliche oder auch nur fahrlässige Außerachtlassung für die Verletzten einen Schadensersatzanspruch begründen.[82])

Als Verletzte kommen nach § 1 in erster Linie in Betracht die Baugläubiger, zu deren Befriedigung das Geld verwendet werden sollte. Ferner aber muß man zu diesen Verletzten auch den Baugeldgeber rechnen, obgleich dieser in § 1 nicht mit angeführt wird. § 1 ist insofern auch eine Schutzvorschrift zugunsten dieser Leute, als die ordnungsgemäße Verwendung des Baugeldes eine Erhöhung des dinglichen Schutzes für das hergegebene Baugeld bedeutet. — Eine andere Sache ist es natürlich, ob nicht der Baugeldgeber außerdem noch einen Schadensersatzanspruch aus dem abgeschlossenen Baugeldvertrage geltend machen kann, was wohl gleichfalls zu bejahen ist. Selbstverständlich würde die erfolgreiche Durchführung des einen Anspruchs dann den andern ausschließen.

Zu der Art und Weise der Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruchs behauptet nun Hagelberg, daß er im Falle des Konkurses etc. nicht von den einzelnen Baugläubigern, sondern nur von der Gemeinschaft dieser Bau- und Konkursgläubiger erhoben werden könnte.[83]) Mit Unrecht wohl, da das betreffende Schutzgesetz nicht zugunsten einer bestimmten juristischen Personengemeinschaft,

---

[80]) Vgl. Staudinger zu § 823, III, A, 1.

[81]) Vgl. Neumann zu § 823, c, II.

[82]) Vgl. Hagelberg zu § 1, Harnier S. 31, Jacobi S. 24 f., Breit a. a. O. S. 351, Stier-Somlo S. 37, Mügel a. a. O. S. 20.

[83]) Vgl. Hagelberg zu § 1.

sondern zugunsten eines jeden einzelnen Baugläubigers erlassen ist. Jedem einzelnen muß demnach ein selbständiger Schadensersatzanspruch auf Grund von § 823 Abs. 2 BGB. zugesprochen werden.[84])

Eine andere Frage ist es natürlich, wie der betreffende Baugläubiger den ihm durch die vertragswidrige Verwendung der Baugelder erwachsenen Vermögensnachteil nachweisen kann. Da nach dem Gesetz der einzelne Baugläubiger keinen Anspruch auf spezielle Berücksichtigung seiner Forderung besitzt, er also auch bei reeller Baugeldverwendung hätte leer ausgehen können, wird der Nachweis über einen bestimmten erlittenen Vermögensnachteil ziemlich unmöglich sein, es sei denn, daß er zufällig der einzige Baugläubiger war. Sind jedoch mehrere Baugläubiger vorhanden, so dürfte es sich aus Zweckmäßigkeitsgründen — nicht jedoch wie Hagelberg behauptet, weil es vom Gesetze verlangt würde — empfehlen, eine Gemeinschaft sämtlicher Baugläubiger zu bilden und im Namen der Gemeinschaft den Schadensersatzanspruch gegen den Baugeldempfänger geltend zu machen.[85])

Diese ganze Streitfrage ist jedoch insofern ziemlich zwecklos, als die Baugläubiger — mag es nun der einzelne tun oder die Gemeinschaft aller zusammen — bei der Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche in der Regel nicht all zu viel Erfolg haben werden, da ja der Anspruch nur gegen solche Personen gegeben ist, die bereits ihre Zahlungen eingestellt haben, resp. über deren Vermögen der Konkurs eröffnet ist. Wichtiger wird sie nur da, wo Baugeldempfänger und derjenige, der den Baugeldvertrag abgeschlossen hat, zwei getrennte Personen sind, wo also neben dem in Konkurs geratenen Baugeldempfänger noch eine weitere vermögende Person, mit welcher der Baugeldvertrag abgeschlossen war, mit ihrem Grundstück etc. haftet.[86])

[84]) Gleicher Ansicht Harnier S. 32.

[85]) Vgl. Mügel a. a. O. S. 20 f.

[86]) Vgl. Breit a. a. O. S. 351, Mügel a. a. O. S. 20.

Das einzige Vorbeugemittel gegenüber einem verdächtigen Baugeldempfänger wäre höchstens eine Zwangsvollstreckung nach § 885 ZBO. gegen diesen auf Vornahme der entsprechenden Baugelderverwendung, je nachdem ob man diese Baugeldverwendung als eine Tätigkeit auffaßt, die auch durch einen Dritten vorgenommen werden kann oder nicht. Da jedoch der einzelne Baugläubiger, wie bereits oben erörtert, keinen Anspruch darauf hat, bei dieser Verwendung der Baugelder mit berücksichtigt zu werden, so ist auch dieses Mittel kein unbedingt zuverlässiges.

XXIII. Kapitel.

Streitig könnte noch sein, ob es möglich ist, gegen die Personen, die aus der vertragswidrigen Verwendung des Baugeldes Nutzen gezogen haben, irgend welche Ansprüche auf Rückgabe des erhaltenen Geldes geltend zu machen. Dem einzelnen Gläubiger ist dies schon deshalb nicht möglich, da ihm ja gar kein persönliches Forderungsrecht auf einen Teil des Baugeldes zusteht. Auch der Baugeldgeber hat einen derartigen Anspruch nicht. Wenn auch der Baugeldempfänger sich in dem Vertrage verpflichtet hat, eine bestimmte erhaltene Geldsumme entsprechend zu verwenden, so ist damit doch nur gesagt, daß der Empfänger eben nur die gleiche Geld s u m m e entsprechend verwenden soll, nicht aber gerade das erhaltene Geld, respektive die erhaltenen Geldstücke.

Dieser Auslegung entspricht auch vor Allem der Wortlaut von § 1 Abs. 1 Satz 2. Das erhaltene Geld geht demnach in das Eigentum und in die freie Verfügungsmacht des Baugeldempfängers über, so daß er in jeder Beziehung rechtlich wirksam darüber verfügen kann, und so daß weiter auch gegen die Personen, die — wenn auch nachweisbar — als Nicht-Baugläubiger Baugeld erhalten haben, kein derartiger Anspruch geltend gemacht werden kann, daß sie ohne rechtlichen Grund etwas erhalten hätten.[87])

[87]) Gleicher Ansicht Budde Bankarch Bd. 7 S. 247, Hagelberg S. 89, Jacobi S. 24.

XXIV. Kapitel.

Außer diesem soeben erörterten wichtigsten Paragraphen des ersten Teiles des Gesetzes vom 1. Juni 1909 sind noch eine Reihe von rein formellen Bestimmungen und Strafandrohungen für deren Nichtbefolgung in dem betr. ersten Teil des Gesetzes enthalten, die gleichfalls zum Schutze der Bauhandwerker resp. der Baugläubiger erlassen sind.

So enthält § 2 des Gesetzes vor allem die Pflicht für die Bauunternehmer, ein sogenanntes Baubuch zu führen, in dem jeder Neubau gesondert behandelt werden muß. — Unter Neubauten sind nach § 2 Abs. 2 des Gesetzes nur solche Gebäude zu verstehen, die auf bisher unbebauten Grundstücken, oder an Stelle von vollständig abgebrochenen Gebäuden — als sogenannte Ersatzbauten — aufgeführt werden.[88])

Ferner muß dieses Gebäude auf einer Baustelle und zwar einer selbständigen Baustelle errichtet werden.[89]) Ausgeschlossen sind also auch solche Gebäude, die zwar von Grund auf neu aufgeführt werden, jedoch nur eine Ergänzung zu anderen dasselbe Grundstück bedeckenden Bauwerken bilden, soweit diese nicht etwa Bauwerke untergeordneter Natur sind, wie z. B. ein Stallgebäude, Brunnen, eine Mauer und dergleichen (vgl. § 2 Abs. 2).[90])

Weiter darf es sich nur um die Errichtung von Gebäuden handeln. Allgemein anerkannt dürfte hier wohl die Definition sein, die auch Hagelberg in seinen Kommentar aufgenommen hat, wonach unter einem Gebäude eine mit Wänden oder Umfassungsmauern umgebene bauliche Anlage gemeint ist, die gewöhnlich überdacht ist und den Zweck hat, Menschen, Tiere oder sonstige bewegliche Sachen gegen Einflüsse äußerer Art zu schützen.

---

[88]) Vgl. Verhandlungen des RT. 07—09, Anlage Nr. 1275 S. 7722.

[89]) Vgl. Jacobi S. 43, Hagelberg S. 92, Stier Somlo S. 41, Mügel a. a. O. S. 29.

[90]) Ueber die Definition der Baustelle vgl. Friedländer a. a. O. S. 282.

Selbstverständlich muß diese Anlage, ebenso wie jedes Bauwerk im Sinne vom § 648 BGB., wesentlicher Bestandteil des Grundstückes geworden und fest mit dem Erdboden verankert oder sonstwie verbunden sein. Nicht sind also als Gebäude aufzufassen Zelte und andere derartige Anlagen, die ihrer Natur nach nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet werden.[91])

Weiter kommt diese Schutzvorschrift nicht in Betracht bei allen Umbauten — soweit nicht etwa der Fall des § 3 des Gesetzes vorliegt —, da diese ja nur eine bauliche Veränderung eines bereits bestehenden Bauwerkes darstellen, z. B. Aufsetzen eines neuen Stockwerkes, Anbau eines Erkers usw. Erst recht ausgeschlossen sind natürlich alle weiteren nicht einmal mehr unter dem Begriff des Umbaues fallenden kleineren Veränderungen und Reparaturarbeiten an einem Gebäude.[92])

§ 3 des Gesetzes erweitert nun den Geltungsbereich des § 2, der an sich, wie eben ausgeführt wurde, nur für Neubauten in Betracht kommt, auch auf solche Umbauten, zu deren Ausführung Baugelder im Sinne des § 1 gewährt werden, und zwar beginnt logischerweise Weise hier die Pflicht zur Baubuchführung erst vom Moment des Abschlusses des Baugeldvertrages. Die Buchführungspflicht soll also mit anderen Worten auch dann vorliegen, wenn es sich zwar um keinen eigentlichen Neubau handelt, sondern um einen größeren Umbau — bei kleineren wird wohl kaum ein besonderer Baugeldvertrag abgeschlossen werden —, der einem Neubau resp. Abrißbau sehr nahe kommt.

Was nun den Begriff des „Umbaues" betrifft, so liegt es in der Natur der Sache, daß man darüber keine bis ins einzelne gehende Definition aufstellen kann. Es muß vielmehr in der Praxis von Fall zu Fall besonders geprüft werden, ob der jeweils vorliegende Bau ein Umbau im Sinne des § 3 ist.

---

[91]) Vgl. Kretzschmar a. a. O. S. 623, Jacobi S. 29, Hagelberg S. 93.
[92]) Vgl. Janker S. 39, Harnier S. 33.

Als allgemeine Auslegungsregel kann man dabei wohl auch den in der Praxis bisher aufgestellten Grundsatz annehmen, der dem Pr. Baufluchtgesetz vom 2. Juli 1875 entnommen ist, wonach als Umbau vor allem jede den bisherigen Zweck des Bauwerkes verändernde bauliche Tätigkeit bezeichnet wird.[93]) Diese Definition ist jedoch nach Ansicht des Verfassers zu eng, um den Begriff des Umbaues im Sinne von § 3 des Gesetzes vom 1. Juni 1909 ganz zu umfassen. Vielmehr dürften als Umbau in dem erwähnten neueren Sinne auch alle die baulichen Veränderungen angesehen werden, die zur Erweiterung und Fortsetzung des bisherigen Zweckes des Gebäudes vorgenommen werden, z. B. Anbauten — natürlich nur soweit sie nicht Neubauten sind — sowie jede Erweiterung des Gebäudes, sowie auch die innere Ausgestaltung desselben.[94])

XXV. Kapitel.

Was die Buchführungspflicht selbst betrifft, so unterliegt ihr nicht etwa jeder Grundstückseigentümer, oder jede andere Person, die es auf eigene Rechnung unternimmt, einen Neubau aufzuführen, sondern zu diesen allgemeinen Voraussetzungen muß nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 noch weiter hinzu kommen, daß der betreffende Bauunternehmer entweder g e w e r b s m ä ß i g die Herstellung von Bauten übernimmt, oder doch zum mindesten während der Herstellung des Baues Baugelder in dem oben besprochenen Sinne erhalten hat, und zwar hat im letzteren Falle der betreffende Unternehmer das Baubuch erst von dem Augenblicke an zu führen, in dem er das Baugeld erhalten hat. Selbstverständlich trifft die Buchführungspflicht auch den Unternehmer, in dessen Person beide Bedingungen zusam-

---

[93]) Vgl. Pr. Baufluchtges. vom 2. Juli 75 § 11, desgl. Pr. OVG. Bd. 8 S. 300, desgl. ebendort Bd. 50 S. 417 f.

[94]) In gleichem Sinne äußert sich auch Hagelberg S. 113, Jacobi S. 30, Mügel a. a. O. S. 30.

men treffen, der also erstens gewerbsmäßiger Bauunternehmer ist und außerdem noch Baugelder erhalten hat.[95])

Nicht der obengenannten Verpflichtung unterliegen also besonders die Eigentümer, die mit ihrem eigenen Gelde, oder auch mit fremdem Kapital, das jedoch nicht Baugeld im Sinne des Gesetzes ist, ein Gebäude errichten, ferner der nicht gewerbsmäßige Unternehmer, der es ausnahmsweise einmal unternommen hat, auf dem Baugrundstück eines anderen ein schlüsselfertiges Gebäude aufzuführen. Z. B. ein in den Ruhestand getretener Maurermeister baut für einen Verwandten auf dessen Grundstück noch einmal ein Haus auf eigene Rechnung.[96])

XXVI. Kapitel.

Was nun den Inhalt aller der in das Baubuch zu machenden Eintragungen betrifft, so müssen nach § 2 Abs. 3 Ziffer 1 zunächst alle die Personen darin aufgeführt werden, mit denen ein Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrag abgeschlossen ist, sowie die Art ihrer Leistung und die dafür vereinbarte Vergütung. Als Baugläubiger werden auch hier die gleichen Personen aufgeführt, wie im § 1 Abs. 1. — Baugläubiger sind auch hier zunächst die Bauhandwerker im Sinne des § 648 BGB., ferner die Lieferanten von Baumaterialien, sowie jeder Maurer oder sonstiger Arbeiter, der auf Grund eines Dienstvertrages an der Herstellung des Baues mitwirkt.

Während aber § 1 des Gesetzes alle Baugläubiger schlechthin umfaßt, ohne Rücksicht darauf, ob diese ihre Ansprüche aus einem Vertrage herleiten, den sie unmittelbar mit dem Bauunternehmer oder nur mit einer Mittelsperson abgeschlossen haben, kann man wohl für die Eintragung in das Baubuch den Wortlaut von § 2 Abs. 3 Ziffer 1 „die Personen, mit denen ein Werkvertrag etc. abgeschlossen ist“, nur so verstehen, daß hier nur die Personen in Frage

[95]) Vgl. dazu Harnier S. 33, Hagelberg S. 93, 5.
[96]) Vgl. Mügel a. a. O. S. 28.

kommen, mit denen vom Bauunternehmer selbst der betreffende Vertrag abgeschlossen ist, da es in der Regel dem Buchführer ganz unmöglich sein wird, eine derartig scharfe und verantwortliche Kontrolle über seine Werkführer und andere Baugehilfen auszuüben. Für eine derartige Auslegung von § 2 Abs. 3 spricht auch die Wortfassung von §§ 18 und 19 des Gesetzes vom 1. Juni 1909, die zwar an sich außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegen, aber zur Unterstützung der obigen Ansicht mit angeführt seien.[97])

Als weiterer Inhalt im Baubuch kommt ferner noch hinzu, Zeit und Höhe der gemachten Zahlungen auf die einzelnen Forderungen, Angabe der Summe der erhaltenen und zugesicherten „Gelder zur Bestreitung der Baukosten." — Aus dieser allgemeinen Wortfassung ist zu entnehmen, daß hierunter nicht nur die eigentlichen Baugelder gemeint sind, sondern auch andere Geldsummen, deren Zahlung dem Unternehmer auch ohne dingliche Sicherstellung für den Bau versprochen sind, sei es gegen Ausstellung eines Schuldscheines, Ehrenwort, Wechsel oder sonstwie.[98])

Ferner sind Zeit und Höhe des Geldempfangs anzugeben, desgleichen die Person des Geldgebers, sowie jede dingliche Belastung des Grundstückes, Abtretungen und Pfändungen der für den Bau bestimmten Gelder, desgleichen Angabe der Beträge, die der Buchführungspflichtige als Entgelt für seine eigenen Leistungen entnommen hat.

Alles in allem handelt es sich also um Bestimmungen, durch die jederzeit ersichtlich gemacht werden kann, wie stark die Kreditfähigkeit des Unternehmers noch ist. Auf der anderen Seite ermöglicht das Baubuch aber auch dem Unternehmer selbst jederzeit eine Kontrolle über seine eigenen Finanzen und kann ihn vor mancher luxuriösen Verteuerung des Baues und Überschreitung seines eigenen finanziellen Könnens bewahren.

---

[97]) Vgl. Harnier S. 34, Hagelberg S. 102, Mügel a. a. O. S. 31.

[98]) Vgl. Hagelberg S. 104, Harnier S. 34, Jacobi S. 31, Mügel a. a. O. S. 34.

Klar ist, daß aus der Verpflichtung zur Führung des Baubuches keine obligatorischen Ansprüche gegen den Buchführer entstehen können. Diese Pflicht des Bauunternehmers ist vielmehr gleichfalls wie die Pflicht zur entspr. Verwendung des Baugeldes nach § 1 und die noch weiter unten zu besprechende Pflicht aus § 4 zur Anbringung von Tafeln etc. eine öffentlichrechtliche, deren Nichteinhaltung nach § 6 des Gesetzes mit Gefängnis oder Geldstrafe bestraft wird, falls

1. der Buchführungspflichtige seine Zahlungen einstellt, oder über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wird, und
2. Baugläubiger im Sinne von § 2 Abs. 3 dadurch geschädigt worden sind.[99])

Ferner macht sich der Bauunternehmer ebenso wie aus der Verletzung seiner ihm nach § 1 obliegenden Pflicht, auch durch die Nichtbeachtung von § 2 nach § 823 Abs. 2 BGB. dem betreffenden Baugläubigern schadenersatzpflichtig, da auch der § 2 des Gesetzes als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 aufgefaßt werden muß.[1])

XXVII. Kapitel.

Nichts gesagt im Gesetz vom 1. Juni 1909 ist darüber, ob der Unternehmer verpflichtet ist, den einzelnen Interessenten Einsicht in das Baubuch zu gewähren. Da also dem Baugläubiger kein besonderer Rechtstitel auf Vorlegung des Baubuchs eingeräumt ist, bleibt nur noch übrig zu untersuchen, ob für den Bauunternehmer die allgemeine Vorlegungspflicht aus § 810 BGB. in Frage kommt. Zunächst ist wohl die Frage, ob ein Baubuch überhaupt eine Urkunde ist, unbedenklich zu bejahen, vor allem, wenn man mit der

[99]) Vgl. Hagelberg S. 91.

[1]) Gleicher Ansicht Mügel a. a. O. S. 39. Anderer Ansicht Hagelberg S. 112. Dieser behauptet, daß zu einem Schutzgesetz im Sinne von § 823 BGB. erforderlich sei, daß es einen unmittelbaren Schutz gewährt. Vgl. im übrigen hierzu S. 49 ff.

allgemein anerkannten Anschauung jede konkrete Festlegung eines Gedankens, eines Ereignisses u. s. w. als Urkunde auffaßt.[2])

Ferner muß nach § 810 BGB. die Urkunde im Interesse des Antragstellers errichtet sein, sei es nun lediglich in seinem Interesse, oder auch nur zum Teil mit in seinem Interesse.[3])

Weiter muß dieses Interesse ein rechtliches sein, d. h. ein durch eine Rechtsnorm als schutzwürdig anerkanntes Interesse. Es mag dahin gestellt bleiben, ob hierunter jedes von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkanntes Interesse zu verstehen ist, oder wie Siegel — zustimmend auch Oertmann und Staudinger — behauptet, daß ein rechtliches Interesse im Sinne von § 810 BGB. nur dem zustehe, der der Urkunde bedürfe zur Förderung, Erhaltung und Verteidigung seiner rechtlich geschützten Verhältnisse. Auch wenn man das Interesse an der Vorlegung der Urkunde nur dem letzteren engeren Kreise von Personen zubilligt,[4]) so dürften doch die Baugläubiger zweifelsohne auch in diesem engeren Personenkreise mit einbegriffen sein, da ja die Führung des Baubuchs vorwiegend in ihrem Interesse zur Erhaltung und Verteidigung ihres Vermögens angeordnet ist, und der ganze Schutz für sie dadurch illusorisch würde, wenn ihnen die Einsicht in das Baubuch verweigert werden könnte.[5])

Außer den Baugläubigern im Sinne des § 2 Abs. 3 Ziffer 1 muß jedoch dieser Anspruch auf Vorlegung des Baubuches auch den Baugeldgebern zugestanden werden, da die

---

[2]) Vgl. Staudinger zu § 810, II, 2.

[3]) Vgl. Staudinger zu § 810, II, 2, c, α, Neumann BR. zu § 810, I, 2.

[4]) Vgl. Staudinger zu § 810, II, 1, Siegel S. 65 f., Oertmann zu § 810, 2, a, RGE. Bd. 23 S. 343, Gaupp-Stein § 66, II, B.

[5]) Gleicher Ansicht Hagelberg S. 109 f. Harnier S. 35. Anderer Ansicht Mügel, der sagt, der jeweilige Baugläubiger in spe müsse sich bei der Eingehung der Bauverbindlichkeiten vertraglich das Recht der Einsichtnahme in das Baubuch vorbehalten. Vgl. Mügel a. a. O. S. 37.

Buchführungspflicht auch zugunsten dieser Personen angeordnet ist, die gleichfalls ein weitgehendes Interesse daran haben, daß die Gelder, die sie gegen Verpfändung des Grundstücks zur Bauaufführung zur Verfügung gestellt haben, auch dazu benutzt werden, durch Verwendung für den Bau und die damit verbundene Wertvergrößerung die ihnen eingeräumte dingliche Sicherheit noch zu erhöhen.[6])

Streitig jedoch kann es sein, ob auch solche Personen, die erst die Absicht haben, einen Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrag mit dem Unternehmer abzuschließen, bereits die Einsicht in das Baubuch verlangen dürfen. Nach Ansicht des Verfassers muß dies verneint werden, da für diese ein r e c h t l i c h e s Interesse noch nicht vorhanden ist. Gleicher Ansicht ist auch Siegel, der sagt: „die im Hintergrund stehenden zu schützenden Rechtsverhältnisse brauchen zwar noch nicht vorhanden zu sein, aber sie dürfen doch nicht ganz in der Luft schweben, und namentlich muß es sich um bestimmte konkrete Rechtsverhältnisse handeln u. s. w.“ [7])

Im übrigen steht es ja den zukünftigen Vertragskontrahenten auch noch jederzeit frei, falls der Unternehmer die Vorlegung des Baubuches verweigert, daraus ihre Konsequenzen zu ziehen und auf ein Geschäft unter derartigen Umständen lieber zu verzichten.

Aber auch nach Abschluß des Vertrages, von wann ab ihnen ja der Anspruch auf Vorlegung des Baubuches zusteht, bleibt ihnen eventuell immer noch als letzter Weg die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums nach § 119 BGB.

XXVIII. Kapitel.

Einem ähnlichen Zweck wie § 2, nämlich dem, sich stets ein klares Bild über das Bauunternehmen bilden zu können, dient auch § 4 des Gesetzes vom 1. Juni 1909 insofern, als es

---

[6]) Vgl. Hagelberg S. 109.
[7]) Vgl. Siegel S. 66.

dadurch insbesondere den Baugläubigern möglich gemacht wird, auf den ersten Blick festzustellen, mit wem sie es zu tun haben. Nach § 4 ist nämlich der jeweilige Bauleiter verpflichtet, an leicht sichtbarer Stelle einen Anschlag anzubringen, durch den der Stand, Familienname und wenigstens ein ausgeschriebener Vorname sowie der Wohnort des Eigentümers ersichtlich gemacht wird. Falls der Eigentümer die Herstellung des Gebäudes oder eines Teiles desselben einem Unternehmer übertragen hat, so sind die gleichen Angaben auch über diesen Unternehmer zu machen. Die Schrift muß deutlich lesbar und unverwischbar sein. Wird der Bau von einer Firma als Eigentümer oder Unternehmer ausgeführt, so ist diese und deren Niederlassungsort anzugeben.

Aus dem angeführten Wortlaut des § geht zunächst hervor, daß der B a u l e i t e r zu diesen erwähnten Angaben verpflichtet ist. Der Begriff des Wortes „Bauleiter" ist nicht identisch mit „Bauunternehmer". Vielmehr ist als Bauleiter nur der aufzufassen, der über den jeweiligen Neubau an Ort und Stelle die technische Leitung inne hat. Unerheblich ist dabei, ob der Bauleiter vollständig unabhängig den Bau zu leiten hat, oder ob er erst seine näheren Informationen von dem Baueigentümer oder von eventuellen Vorgesetzten erhält.[8]) Es wird sogar die Regel sein, daß der Bauleiter nach bestimmten Direktiven handeln wird. So führt er z. B. den Bau nach bestimmten Zeichnungen aus. Im allgemeinen wird er auch Anweisungen über das zu verwendende Material u. s. w. erhalten. Voraussetzung zum Bauleiter ist nur, daß er über die zur unmittelbaren Ausführung des Baues zu verwendenden Arbeitskräfte frei verfügen kann, also daß er befugt ist, selbst die einzelnen Arbeiter hier oder dort nach seinem Gutdünken anzustellen. Falls ein Bauleiter in der eben geschilderten Weise nicht vorhanden ist, gilt der Eigentümer selbst als Bauleiter und hat die in Frage kommenden Pflichten wahrzunehmen.

---

[8]) Vgl. Harnier S. 36, Hagelberg S. 115, Stier Somlo S. 43.

Ferner ist aus § 4 nur der Bauleiter von Neubauten verpflichtet, und zwar nur bei Neubauten im Sinne von § 2 Abs. 2 des Gesetzes.[9]) Nicht besteht also die Verpflichtung insbesondere bei Umbauten im Sinne von § 3 des Gesetzes.

XXIX. Kapitel.

Anzugeben ist nun der Name, Wohnort u. s. w. des Grundstückseigentümers und ferner, falls dieser die Herstellung des Gebäudes einem Unternehmer übergeben hat, auch der Name etc. des Unternehmers.

Ersichtlich sind also mit anderen Worten die Personen zu machen, die bei einer Führung des Baubuches nach § 2 in Frage kämen, und weiter der Grundstückseigentümer, um durch dessen Angabe im Grundbuche sich über die dingliche Belastung des Grundstücks informieren zu können.

Jedoch weicht § 4 von § 2 des Gesetzes insofern ab, als § 4 auch die Angabe von n i c h t gewerbsmäßigen Bauunternehmern mit umfaßt, desgleichen auch die Angabe solcher Eigentümer, die kein Baugeld erhalten haben. Hat der Eigentümer die Bauausführung einem Generalunternehmer übertragen, so ist nur sein und dessen Name ersichtlich zu machen, gleichviel ob dieser auch die Ausführung einzelner Gebäudeteile weiteren Unternehmern übertragen hat. Nur wenn der Eigentümer s e l b s t — und das wird überall da der Fall sein, wo Eigentümer und Bauleiter identisch sind — die Übertragung einzelner Teile durch andere Unternehmer ausführen läßt, muß auch der Name dieser Unternehmer durch Anschlag bekannt gegeben werden. Unerheblich ist, ob diese Gebäudeteile räumlich ein von dem übrigen Bau abstechendes Ganzes bilden, wie z. B. eine Esse in einer Fabrikanlage, oder ein Erker oder das Dach eines Hauses, oder ob der betreffende Teil des Gebäudes den ganzen Bau durchzieht und in diesen sich hineinschmiegt, wie z. B. eine Wasserleitung etc.[10])

---

[9]) Vgl. hierzu S. 100 ff.

[10]) Vgl. hierzu S. 14 u. 15, desgl. Hagelberg S. 117, Harnier S. 36.

Zum Schluß mag hier noch einiges über die Art und Weise des Anschlags gesagt sein. Zunächst geht aus dem Worte „Anschlag" hervor, daß es sich um ein Plakat handeln muß, das mit der Baustelle fest verbunden ist, nicht also nur lose aufgestellt resp. aufgehängt ist. Ferner muß der Anschlag deutlich lesbar und mit einem dauerhaften Farbstoff hergestellt sein.

Falls jedoch trotzdem der Fall eintreten sollte, daß die Schrift unleserlich wird, so hat der Bauleiter selbstverständlich für eine Auffrischung der Schrift zu sorgen.

Ferner geht aus dem Sinne des § 4 hervor, daß der Anschlag stets den richtigen Eigentümer anzeigen muß. Es dürfte demnach gleichfalls nur selbstverständlich sein, daß im Falle des Unrichtigwerdens des Anschlags — z. B. durch Eigentumswechsel während des Baues — auch eine Berichtigung des Anschlages zu erfolgen hat.[11])

Im übrigen kann auch hier nur wie bei den §§ 1 und 2 wiederholt werden, daß die aus § 4 für den Bauleiter erwachsene Pflicht diesem in öffentlichem Interesse auferlegt ist. Die Nichteinhaltung dieser Pflicht würde Bestrafung nach § 7 des Gesetzes nach sich ziehen. Jedoch ist das Strafmaximum hier nur auf 150 Mark Geldstrafe resp. auf 4 Wochen Haft festgesetzt in Anbetracht der weniger erheblichen Konsequenzen, die eine Pflichtversäumnis in dieser Beziehung unter den beteiligten Baugläubigern hervorrufen. würde. Es liegt also in diesem Falle nur eine Übertretung vor, die allerdings ohne Rücksicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit stets strafbar ist.

Die Frage, ob § 4 ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 BGB. ist, dürfte verneint werden, da man wohl kaum behaupten kann, daß die Anbringung von derartigen Tafeln unbedingt erforderlich ist, um einen Vermögensnachteil auf Seite der zu schützenden Baugläubiger zu verhüten.

---

[11]) Vgl. Hagelberg S. 116.

III. Abschnitt.

Das Verhältnis des RG. vom 1. Juni 1909 zu § 648 BGB.

XXX. Kapitel.

Mit dem Vorstehenden glaubt Verfasser die jetzt für die Bauhandwerker und sonstigen Baugläubiger in Betracht kommenden Rechtssätze erschöpfend behandelt zu haben.

Mit dem ersten Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909 ist wieder ein bedeutender Schritt zur Beseitigung von berechtigten Klagegründen der beteiligten Kreise getan. Das neue Gesetz bedeutet vor allem einen großen Fortschritt gegenüber dem BGB., als hierdurch auch die Lieferanten der Baumaterialien, sowie die Personen, die auf Grund eines Dienstvertrages am Bau beteiligt sind, den „Bauhandwerkern" des § 648 BGB. in jeder Hinsicht gleichgestellt werden. Allerdings ist das Anwendungsgebiet des RG. vom 1. Juni 1909 insofern wieder enger begrenzt, als es im großen und ganzen nur bei Neubauten in Betracht kommt. Indes scheint auch diese Engerlegung der Grenzen durchaus hinreichend, da ja gerade bei Neubauten sich die Auswüchse und Mißstände zu zeigen pflegen, die durch alle bisher erlassenen Schutzmaßregeln bekämpft werden sollen.

Es dürfte nun, nachdem wir den Inhalt der Rechtsquellen, die jetzt für den Bauhandwerker und den Baugläubiger allein in Betracht kommen, erörtert haben, gleichfalls noch von Wichtigkeit sein, zu untersuchen, in welchem Verhältnis diese beiden Rechtsquellen, d. h. § 648 BGB. und das RG. vom 1. Juni 1909 zu einander stehen.

Da sind nun bisher die mannigfachsten Meinungen darüber vorhanden. Da im Gesetz selbst nicht das mindeste gesagt ist, ob und wieweit die Baugläubiger allein auf die Sicherung des neuen Gesetzes angewiesen sein sollen, ob und wie weit also das neue Gesetz imstande ist, § 648 BGB.

außer Kraft zu setzen, kann man deshalb eine Auslegung der Wirkungen des neuen Gesetzes auf die bisherige Rechtslage nur aus dem Sinne beider Gesetze gewinnen.

Übereinstimmung herrscht bisher nur in dem einen Punkte, daß der bisher in Kraft getretene erste Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909, der nur indirekt und in nicht dinglicher Weise den Baugläubigern Schutz gewährt, nicht geeignet sein kann, die Schutzvorschrift des § 648 BGB., die eine dingliche Sicherheit gewährt, zu beseitigen.[12]) Diese Ansicht dürfte auch richtig sein, da ja die neu geschaffenen Schutzbestimmungen mit den alten, die auf einem ganz anderen Gebiete liegen, gar nicht in Kollision geraten können. Während der § 648 BGB. den Bauhandwerkern eine dingliche Sicherheit gibt, sucht der erste Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909 die Baugläubiger, von denen die Bauhandwerker ja nur einen Teil bilden, auf indirektem Wege, indem es die zweckentsprechende Verwendung der Baugelder anstrebt, zu schützen. Gerade aus dem Umstande, daß der zweite Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909, der ebenso wie § 648 BGB. die dingliche Sicherheit der Baugläubiger zum Gegenstande hat, bisher noch keine Geltung erlangt hat — resp. nicht gleichzeitig mit dem ersten Teil des Gesetzes in Kraft gesetzt ist —, muß man schließen, daß ebenso, wie der erste Teil des Gesetzes eine Ergänzung zum zweiten Teil bilden soll, der erste Teil, solange der zweite noch nicht in Kraft gesetzt ist, und überall da, wo er auch später nicht in Kraft gesetzt werden wird, gleichfalls nur eine Ergänzung zu der Sicherungsvorschrift des § 648 BGB. bilden soll.

Bedeutend komplizierter ist dagegen die zweite und Hauptstreitfrage zu entscheiden, nämlich darüber, ob und wie weit der zweite Teil des Gesetzes geeignet ist, die Sicherungsmöglichkeit nach § 648 BGB. auszuschließen. Zu-

---

[12]) Vgl. Hagelberg S. 152, Höchtl a. a. O. S. 525 f., Harnier S. 40, Kleinschmidt a. a. O. S. 118.

nächst dürfte es wohl zweifellos sein, daß dadurch, daß der zweite Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909 durch landesherrliche Verordnung in Kraft gesetzt werden muß, er nicht etwa auf diese Weise Landesgesetz wird, sondern Reichsgesetz bleibt.[13])

Daß nun dieser zweite Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909 den § 648 BGB. nach dem Grundsatz „lex specialis derogat legi priori generali" ganz ausschließt, ist schon deshalb unmöglich, weil das Gesetz vom 1. Juni 1909 eine viel engere Basis besitzt — zum Teile wenigstens —, indem es sich nur auf Neubauten beschränkt, und alle die Fälle des § 648 BGB. unberücksichtigt läßt, in denen die Werkmeister bei Reparatur-, Umbauten sowie allen anderen Bauwerken, die nicht Gebäude im Sinne des Gesetzes vom 1. Juni 1909 sind, eine dingliche Sicherheit für ihre Werkforderungen beanspruchen dürfen.[14]) Daß ferner beide Gesetze in voller Geltung nebeneinander bestehen bleiben — wie es im Kommentar der RG.-Räte behauptet wird[15]) — widerspricht dem Billigkeitsgefühl, da es in diesem Falle möglich wäre, auf Kosten des Grundstückseigentümers eine doppelte dingliche Sicherung sowohl nach § 648 BGB. als auch nach dem zweiten Teil des Gesetzes vom 1. Juni 1909 zu erlangen, was sicherlich nicht der Zweck des neuen Gesetzes sein soll, wenn auch durch die doppelte dingliche Sicherung kein eigentlicher materieller Vorteil für den betreffenden Baugläubiger entstehen würde, da bei der Natur der Sicherungshypothek die Geltendmachung der Hypothek stets noch von dem Nachweis des tatsächlichen Bestehens und der Höhe der Forderung abhängig ist.

Nach Ansicht des Verfassers kann deshalb nur folgender Mittelweg der richtige sein, der beiden Parteien, also den Baugläubigern wie auch den Bauunternehmern gerecht wird.

---

[13]) Vgl. Breit a. a. O. S. 350.
[14]) Vgl. Höchtl a. a. O. S. 526.
[15]) Vgl. Kom. d. RG.-Räte zu § 648.

Zunächst bleibt § 648 BGB. für alle die Fälle, die nicht unter den Rahmen des neuen Gesetzes fallen — also insbesondere für Werklohnansprüche aus Reparatur- und Umbauten etc. — allein maßgebend. Soweit eine Kollision zwischen den Sicherungsansprüchen eintritt — und zwar kann dies nur geschehen bei Werklohnansprüchen aus Neubauten — ist es wohl nur billig, daß § 648 BGB. als die schwächere Sicherungsmaßregel von dem zweiten stärker wirkenden Teile des Gesetzes vom 1. Juni 1909 so lange überholt und ausgeschlossen sein muß, so lange dem betreffenden Baugläubiger die Erlangung der stärkeren Sicherheit möglich ist.

Erst wenn ihm diese Möglichkeit durch Zeitablauf etc. genommen ist, steht ihm wieder der Anspruch aus § 648 BGB. zu.[16]) Unrichtig ist nach Ansicht des Verfassers vor allem auch der vielfach vertretene Standpunkt, daß der Baugläubiger statt der Sicherung aus dem Gesetz vom 1. Juni 1909 den Anspruch auf eine Sicherungshypothek aus § 648 BGB. geltend machen könne, daß er dann aber auch noch, wenn er diese Sicherungshypothek resp. eine Vormerkung dazu erlangt habe, die stärkere Sicherung aus dem Bauforderungsschutzgesetz verlangen könne, während es umgekehrt demjenigen, wer zuerst aus dem Gesetz vom 1. Juni 1909 die stärkere Sicherheit erlangt habe, nicht mehr möglich sein solle, den Anspruch auf die Sicherungshypothek nach § 648 BGB. geltend zu machen.[17])

Eine derartige Auffassung widerspricht jeder logischen Denkweise und würde außerdem denjenigen, der zuerst eine Vormerkung auf Grund von § 648 BGB. erlangt hat, ungerechtfertigter Weise günstiger stellen, als denjenigen, der in umgekehrter Reihenfolge vorgeht.

Unrichtig ist ferner auch die früher von Hagelberg vertretene Ansicht, der zunächst genau so folgerte wie Ver-

[16]) Zu gleichem Resultat kommt auch Höchtl. Vgl. Höchtl a. a. O. S. 532, desgl. Harnier S. 40, Jacobi S. 39, Staudinger zu § 648.

[17]) Vgl. Janker S. 90, Hagelberg S. 153, Kleinschmidt a. a. O. S. 118.

fasser, aber dann noch weiter ging, indem er behauptete, daß § 648 BGB. durch das Gesetz vom 1. Juni 1909 definitiv ausgeschlossen bleibe, auch wenn durch die versäumte Anmeldungsfrist eine Sicherung aus diesem Gesetz nicht mehr möglich sei.[18])

Gegen diese letztere Ansicht und ebenso auch gegen die vorletzte spricht vor allem die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 1. Juni 1909.

In dem ersten Gesetzentwurfe vom Jahre 1897 war in § 22 eine Bestimmung des Inhaltes enthalten, daß, s o l a n g e der Bauvermerk eingetragen sei, das in § 648 BGB. gewährte Recht nur für solche Forderungen aus dem Werkvertrage bestehen sollte, die nicht Bauforderungen im Sinne dieses Gesetzes seien. In den späteren Entwürfen, wie auch vor allem in dem nunmehrigen RG. vom 1. Juni 1909 ließ man diese Bestimmung als selbstverständlich weg.[19])

---

[18]) Vgl. Hagelberg Kom. z. RG. vom 1. Juni 1909 vom Jahre 1909.
[19]) Vgl. Janker S. 89.